Der Entlassungsschutz der Arbeitnehmer nach dem Betriebsrätegesetz

---

Inauguraldissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Friedrich

aus Lichtenfels

Referendar in München

Approbiert am 16. Juli 1929

1930

Druck: J. M. Reindl, Bamberg

80:210

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1
Literatur-Verzeichnis 6

I. Teil.

Grundlagen des Entlassungsschutzes.

1. Kapitel.

Personenkreis.

§ 1. Beschränkung nach Berufsständen 9
I. Arbeitnehmer 10
II. Arbeiter und Angestellte 12
1. Arbeiter 12
2. Angestellte 17
§ 2. Beschränkung nach Betrieben 19

2. Kapitel.

Entlassung.

§ 3. Allgemeines 21
§ 4. Ordentliche und außerordentliche Entlassung 22
I. Allgemeines 22
II. Ordentliche Entlassung 23
III. Außerordentliche Entlassung 24

II. Teil.

Die Bestimmungen des Entlassungsschutzes.

A. Ordentliche Entlassung.

Erste Abteilung.

Der allgemeine Entlassungsschutz.

1. Kapitel.

Schutz bei Massenentlassungen.

§ 5. Allgemeines 27
§ 6. Der Schutz des § 74 im Einzelnen 28
I. Geltungsbereich 28
II. Die Befugnisse aus § 74 28
III. Bedeutung des § 74 29

2. Kapitel.

Das Einspruchsrecht der §§ 84 ff. BRG.

Seite

§ 7. Allgemeines 29

a) Das Materielle Einspruchsrecht.

§ 8. Voraussetzungen des materiellen Einspruchsrechts . . . 30
I. Positive Voraussetzungen 30
II. Negative Voraussetzungen 35

§ 9. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung 37

§ 10. Die Entschädigung nach § 87 BRG 39
I. Allgemeines 39
II. Höhe der Entschädigung 40

§ 11. Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung 41

b) Das formelle Einspruchsrecht.

§ 12. Die Voraussetzungen des formellen Einspruchsrechts . . 42
I. Voraussetzungen des Rechts auf Einlegung des Einspruchs 43
II. Voraussetzungen des Weiterverfolgungsrechts . . 43

c) Das Einspruchsverfahren.

§ 13. Das Vorverfahren vor dem Betriebsrat 45
I. Allgemeines 45
II. Einlegung des Einspruchs 47
III. Verhandlung über den Einspruch 48
1. Prüfung 48
2. Verständigungsverhandlungen 48

§ 14. Das Hauptverfahren vor dem Arbeitsgericht 50
I. Die Anrufung des Arbeitsgerichts 50
1. Die Alternative der Klagberechtigung 50
2. Die Einspruchsklage 53
II. Die Verhandlung vor dem Arbeitsgericht 54
1. Die Parteien im Einspruchsprozeß 54
2. Prozeßvertretung im Einspruchsverfahren . . . 58
3. Parteihandlungen im Einspruchsprozeß 60
III. Die Entscheidung im Einspruchsprozeß 61
1. Bejahendes Urteil 61
2. Abweisendes Urteil 62
IV. Rechtsmittel im Einspruchsverfahren 63
1. Allgemeines 63
2. Sprungrevision 64
V. Zwangsvollstreckung 65

3. Kapitel.

Das Benachteiligungsverbot.

Zweite Abteilung.

Seite

Der Entlassungsschutz von Mitgliedern der Betriebsvertretungen.

§ 15. Allgemeines 68

§ 16. Personenkreis und Dauer des Schutzes 69
I. Personenkreis 69
II. Dauer 69

§ 17. Das Zustimmungserfordernis 70
I. Art der Kündigungsbeschränkung 70
II. Ausnahmen 72

§ 18. Die Erteilung der Zustimmung 74
I. Voraussetzungen und Grundsätze 74
II. Die Zustimmung der Betriebsvertretung 75
1. Die zuständige Betriebsvertretung 75
2. Die Form der Zustimmung 77
III. Die Ersatzzustimmung des Arbeitsgerichts 78
1. Voraussetzungen 78
2. Erteilung der Ersatzzustimmung 79
3. Verfahren 79
IV. Zeitpunkt und Wirkung der Zustimmung 80
1. Zeitpunkt 80
2. Wirkung 80

§ 19. Die Geltendmachung des Entlassungsschutzes 81
I. Allgemeines 81
II. Die Lohnklage 82
III. Feststellungsklage 83
IV. Verweigerung des Wiedereintritts durch das Betriebsvertretungsmitglied 83

§ 20 Verhältnis der §§ 96 ff. zu § 84 ff. und § 95 BRG . . . 84
I. Allgemeines 84
II. Entlassungsschutz nach § 86 und Einspruchsrecht . 84
III. Entlassungsschutz nach § 96 und Benachteiligungsverbot 85

B. Außerordentliche Entlassung.

§ 21. Allgemeines 87

§ 22. Einspruchsrecht bei fristloser Entlassung 88

§ 23. Fristlose Entlassung von Betriebsratsmitgliedern . . . 90

Einleitung.

Das Betriebsrätegesetz enthält in seinem III. und V. Abschnitt eine Reihe von Bestimmungen, die eine einschneidende Änderung im bisherigen Entlassungsrecht herbeiführten. Sie stellen das Endergebnis heftigster und jahrelanger parlamentarischer und außerparlamentarischer Kämpfe um die Änderung des bestehenden Kündigungssystems dar.

Im bisherigen Arbeitsrecht galt unter der Herrschaft des freien Arbeitsvertrages der Grundsatz, daß Verträge, die auf unbestimmte Zeit laufen, jederzeit kündbar sind und durch die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft des zur Lösung entschlossenen Teils rechtmäßig beendet werden. Dies entsprach der individualistischen Rechtsauffassung des Arbeitsvertrages als eines gewöhnlichen privatrechtlichen Vertrages, in dem sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber als durchaus gleichberechtigte Vertragsparteien gegenüberstehen und für dessen inhaltliche Gestaltung lediglich die Willenseinigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer maßgebend sein kann; eine staatliche Einmischung zugunsten des Arbeitnehmers bei der Festsetzung des Arbeitsvertragsinhalts erschien unvereinbar mit dem freien Arbeitsvertrag.

Die Reaktion gegen den freien Arbeitsvertrag setzte frühzeitig ein, da man auf Arbeitnehmerseite längst erkannt hatte, daß die dort gewährleistete rechtliche Gleichheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur eine formelle, scheinbare Gleichheit war, in Wirklichkeit aber der Arbeitnehmer auf Grund des freien Arbeitsvertrags in eine immer drückendere Abhängigkeit von dem Arbeitgeber geraten mußte, der auf Grund seiner wirt-

schaftlichen Überlegenheit einseitig die Arbeitsbedingungen diktieren konnte, zu deren Annahme der Arbeitnehmer gezwungen war. Insbesondere wurde von Arbeitnehmerseite auch auf die Gefahr hingewiesen, die sich aus der Gleichheit der Rechtslage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Ansehung der Lösung des Arbeitsverhältnisses für letzteren ergab; denn dem Arbeitnehmer, der darauf angewiesen ist, seine Arbeitskraft als seinen einzigen Besitz zu verwerten, um sich und seine Familie zu unterhalten, war nicht damit gedient, daß auch er jederzeit das Arbeitsverhältnis lösen könne; sondern für ihn war es ungleich wichtiger, eine Garantie zu erhalten, nicht durch die Willkür des wirtschaftlich überlegenen Arbeitgebers die Arbeitsstelle zu verlieren. Frühzeitig wurde deshalb schon vor dem Kriege von Sozialpolitikern die Forderung erhoben, das freie, einer Begründung nicht bedürftige Kündigungsrecht einer Nachprüfung durch unparteiische Stellen zu unterwerfen (vgl. Potthoff: „Probleme des Arbeitsrechts" Jena 1912 S. 126, Flatow S. 333).

Die Berechtigung der sozialpolitischen Forderungen nach einer Revision des freien Arbeitsvertrags hatte bereits in der Gesetzgebung der Vorkriegszeit seine Anerkennung gefunden. Angesichts der Tatsache, daß ein ständig wachsender Prozentsatz der Gesamtbevölkerung durch die fortschreitende Industrialisierung zur unselbständigen Lohnarbeit gezwungen war, war auch die Öffentlichkeit in höchstem Grade an der Lösung der sozialpolitischen Probleme interessiert. Der Staat konnte, wollte er nicht seinen Bestand gefährden, ihre Lösung nicht allein den Parteien des Arbeitsvertrages etwa auf dem Weg eines genossenschaftlichen Zusammenschlusses überlassen. Zu Beginn des XIX. Jahrhunderts setzte daher, wie in allen Rechtsstaaten, auch in Deutschland eine sozialpolitische Gesetzgebung ein, um eine Korrektur der unbefriedigenden Resultate des freien Arbeitsvertrags im Sinne eines staatlichen Eingreifens zugunsten der wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmerseite herbeizuführen.

Während nun in der Folgezeit eine umfangreiche Gesetzgebung auf dem Gebiete des Arbeiterschutzes und der Arbeiterversicherung entstand, erfolgte eine Änderung in der rechtlichen Regelung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Richtung der oben erwähnten sozialpolitischen Forderung in der Vorkriegszeit noch nicht. Angesichts der Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes verneinte man hier eine Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer und suchte nur durch Einräumung langfristiger Kündigungstermine den sich für die Arbeitnehmerseite ergebenden Härten zu begegnen.

Zum ersten Mal findet sich in den Demobilmachungsverordnungen der Nachkriegszeit ein eigentlicher Entlassungsschutz, in dem aber nur ausnahmsweise der Grundsatz der freien Lösbarkeit des Arbeitsvertrags durchbrochen und dem Arbeitnehmer ein Rechtsbehelf (Anrufung des Schlichtungsausschusses) gegen eine betrieblich nicht gerechtfertigte Entlassung eingeräumt wurde. Im allgemeinen war hier dem Arbeitgeber nur vorgeschrieben, sich vor Entlassungen mit der gesetzlichen Vertretung, mangels Bestehens solcher mit der Mehrzahl der Arbeitnehmer ins Benehmen zu setzen. Um eine endgültige Regelung handelte es sich hier jedoch nicht, vielmehr stellten die Schutzbestimmungen der Demobilmachungsverordnungen nur ein als für *vorübergehende* Zwecke geeignetes, eben den bewegten Verhältnissen der Demobilmachungszeit Rechnung tragendes System dar. Auch waren nicht grundsätzliche sozialpolitische Beweggründe maßgebend, sondern der Entlassungsschutz war unter dem Zwang der durch das Kriegsende gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse entstanden, um eine möglichst reibungslose Durchführung der Aufgaben der wirtschaftlichen Demobilmachung zu ermöglichen. Deshalb war auch seine Dauer auf die Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung beschränkt, seine Aufhebung mit der Beruhigung der wirtschaftlichen Verhältnisse in Aussicht genommen.

Um diese Zeit wurde aber von den Arbeitnehmerverbänden erneut die Forderung nach einer *endgültigen* Umgestaltung

des Kündigungssystems erhoben und von der durch die Revolution zur Regierung gelangten Sozialdemokratischen Partei die Erfüllung ihres sozialpolitischen Programms verlangt, zu dem von jeher auch die Ausgestaltung eines Entlassungsschutzes gehörte. Dabei trat in diesen Forderungen eine bedeutsame Wandlung zutage, die sich mittlerweile unter dem Eindrängen des Rätegedankens in der Stellungnahme der Arbeitnehmerseite zum Entlassungsschutz vollzogen hatte und die für die rechtliche Gestaltung desselben im späteren Betriebsrätegesetz bestimmend werden sollte. Denn während nach den früheren Forderungen der Schutz hauptsächlich in der Nachprüfung der Entlassung auf ihre Begründetheit durch eine unparteiische Stelle bestehen sollte, wurde nunmehr für die Arbeitnehmerschaft selbst das Entscheidungsrecht auf dem Gebiete des Entlassungsschutzes verlangt. Diese Forderung war der Ausfluß einer neuen, seit der Revolution die gesamte Arbeiterschaft aufwühlenden geistigen Bewegung, deren Ziel das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in den Fragen des Produktionsprozesses und den sozialpolitischen Fragen des Arbeitsverhältnisses war. Dieses Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer am Betrieb sollte sich vor allem auch auf die Entlassung einzelner Arbeitnehmer erstrecken, „um so — neben der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers und der sozialen Interessen des Arbeitnehmers bei Entlassungen — auch auf diesem Gebiete die Kenntnisse und den guten Willen der Arbeitnehmerschaft für das Gedeihen des Betriebes nutzbar zu machen und durch die Verleihung größerer Rechte am Betrieb auch ihr Verantwortlichkeitsgefühl für den Betrieb zu wecken und zu stärken." (Flatow, Seite 333.) Diesem Mitbestimmungsrecht bei Entlassungen konnte daher nur Rechnung getragen werden, wenn nicht nur eine unparteiische Stelle, sondern in erster Linie die Betriebsvertretungen der Arbeitnehmer die Entscheidungen bei Entlassungsstreitigkeiten zu fällen hatten. Kennzeichnend für die damaligen Kämpfe um das Mitbestimmungsrecht der Betriebs-

vertretungen bei Entlassungen sind vor allem der Bergarbeiterstreik im mitteldeutschen Kohlengebiet von Anfang März 1919 und insbesondere der Angestelltenstreik in der Berliner Metallindustrie vom April 1919.

Das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 (Reichsgesetzblatt Seite 147) brachte in seinen oben erwähnten Abschnitten die endgültige gesetzliche Regelung eines Entlassungsschutzes, der einerseits jedem einzelnen Arbeitnehmer einen sozialen Rechtsbehelf gegen seine Entlassung brachte und so seinem Interesse an der Erhaltung der Arbeitsstelle Rechnung trug, andererseits unter Berücksichtigung der Forderung nach dem „Mitbestimmungsrecht" eine entscheidende Beteiligung der Betriebsvertretungen bei der Entlassung vorsah.

Der Entlassungsschutz des BRG — wesentlich umgestaltet durch das Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. 12. 1926 § 112 —, der seiner rechtlichen Natur nach zum Arbeitsvertragsrecht gehört und also privatrechtliche Normen mit Ausnahme der prozeßrechtlichen Bestimmungen enthält, hält grundsätzlich am freien Kündigungsrecht des Arbeitgebers fest; das BRG läßt die zivilrechtliche Wirksamkeit der Kündigung unberührt, gibt aber dem entlassenen Arbeitnehmer einen Rechtsbehelf, gegen eine unverdiente und betrieblich nicht gerechtfertigte Entlassung vorzugehen. Nur ausnahmsweise für die Entlassung der Betriebsvertretungsmitglieder ist der Grundsatz des freien Kündigungsrechts des Arbeitgebers aufgegeben, indem die privatrechtliche Wirksamkeit der Kündigung von der Zustimmung eines Dritten abhängig ist.

Im folgenden soll eine systematische Darstellung des Entlassungsschutzes nach dem Betriebsrätegesetz erfolgen.

Literatur-Verzeichnis.

Arbeitsrecht, Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausgegeben von Dr. Potthoff, Heß, Stuttgart.

Betriebsrat, Zeitschrift für Betriebsräte und Betriebsobleute des Verbandes der Fabrikarbeiter Deutschlands.

Blätter für Arbeitsrecht, Beilage der deutschen Arbeitgeberzeitung.

Billerbeck, Die Kündigung und Entlassung von Arbeitern. Verlag Reimar Hobbing, Berlin 1921.

Birnbaum, Kündigungen, Entlassungen, Betriebseinschränkungen. Haber's Verlag Berlin 1920.

Brandt, Betriebsrätegesetz, nebst Betriebsbilanzgesetz, Ausführungsbestimmung, Wahlordnung und amtliche Muster. Otto Elsner, Verlagsgesellschaft m. b. H., Berlin 1922.

Dersch, Betriebsrätegesetz. 5. erweiterte und umgearbeitete Auflage. Verlag Bensheimer, Mannheim 1922.

Dersch, Flatow, Hueck, Nipperdey, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht. Band I. Verlag Bensheimer, Mannheim 1926.

Feig-Sitzler, Betriebsrätegesetz 11. u. 12. Auflage. Verlag Vahlen, Berlin 1922.

Flatow, Betriebsrätegesetz. 12. verbesserte Auflage. Verlag von Springer, Berlin 1927.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte e. V.

Giesecke, Der Betriebsrat, Sonderdruck aus: Grundriß der Betriebswirtschaftslehre. Verlag Glöckner, Leipzig 1925.

Hueck, Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht. Verlag Heß, Stuttgart 1921.

Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts I, Quellen und Grundbegriffe des Arbeitsrechts. Verlag Heß, Stuttgart 1922.

Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts II. Das Arbeitsvertragsrecht. Verlag Heß, Stuttgart 1922.

Jakobi, Grundlehren des Arbeitsrechts. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1927.
Kaskel, Arbeitsrecht. Verlag Springer, Berlin 1928.
Kaskel, Die sozialpolitische Gesetzgebung. Zentralverlag G. m. b. H., Berlin 1924.
Kirschke-Syrup-Billerbeck, Betriebsrätegesetz. 5. vermehrte und neubearbeitete Auflage. 20. bis 22. Tausend. Carl Heymanns Verlag, Berlin 1921.
Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 7. Auflage.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 2 Bände, 1902 und 1908.
Mansfeld, Betriebsrätegesetz. I. Teil. Verlag Glückauf, Essen 1926.
Neue Zeitschrift für Arbeiterrecht, herausgegeben von Dr. Dersch, Dr. Kaskel, Dr. Sitzler, Dr. Syrup. Bensheimer, Mannheim.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Auflage 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 7.—8. Aufl. Verlag Schweitzer, Berlin.
Stein-Junker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkursrechts. Verlag Mohr, Tübingen 1924.
Stier-Somlo, Kommentar zum Betriebsrätegesetz. Verlag Vossische Buchhandlung, Berlin 1921.
Stoeßel, Das Arbeitsgerichtsgesetz. Verlag Brügel, Ansbach.
Weck, Entlassungsschutz von Betriebsratsmitgliedern. Berlin 1924.
Wölbling-Sell-Schultz, Betriebsrätegesetz. Verlag Spaeth & Linde, Berlin.

I. Teil.

Grundlagen des Entlassungsschutzes.

1. Kapitel.

Personenkreis.

Der Entlassungsschutz nach dem Betriebsrätegesetz ist hinsichtlich seines persönlichen Ausdehnungsgebietes nicht als allgemeiner Entlassungsschutz zu bezeichnen, d. h. er umfaßt nicht alle Arbeitnehmer als solche, vielmehr ist sein Personenkreis nach mehrfacher Richtung eingeschränkt. So löst er einmal aus dem umfassenden Begriff des Arbeitnehmers zwei Berufsstände heraus und bestimmt, daß nur diese Berufsstände, die Arbeiter und Angestellten als Arbeitnehmer für den Entlassungsschutz in Betracht kommen. Doch ist mit dieser Feststellung der endgültige Personenkreis des Enlassungsschutzes nach dem BRG nicht bezeichnet. Zu der Beschränkung nach den Berufsständen tritt eine weitere nach Unternehmungen und Betrieben, indem nur die Arbeitnehmer bestimmter Unternehmungen und Betriebe am Entlassungsschutze teilnehmen.

Die Darstellung des Personenkreises hat daher im folgenden getrennt nach diesen Beschränkungen zu erfolgen.

§ 1. **Beschränkung nach Berufsständen.**

Als erstes großes arbeitsrechtliches Gesetz hat das Betriebsrätegesetz den Begriff des Arbeitnehmers in die Gesetzessprache eingeführt. Wenn es auch in den §§ 10—13 eine Abgrenzung des Begriffes Arbeitnehmer nach der negativen Seite hin vorgenommen hat, so setzt es doch den allgemeinen Begriff des Ar-

beitnehmers als bekannt voraus und schält aus diesem umfassenden Begriff die zwei Berufsstände, auch hier wieder unter Beifügung begrifflicher Einschränkungen und Vorschriften, die jedoch keineswegs erschöpfend sind, heraus. Zur Feststellung der dem Entlassungsschutz unterstellten Berufsstände muß daher in erster Linie die Feststellung der Merkmale des Arbeitnehmers erfolgen.

I. Arbeitnehmer.

Arbeitnehmer ist derjenige, der auf Grund eines privaten Arbeitsvertrages dem Arbeitgeber unselbständige Lohnarbeit verrichtet. Die Merkmale eines AN sind demnach:

1. Es muß dem Arbeitsverhältnis also ein privater Arbeitsvertrag zu Grunde liegen, d. h. die Arbeit — ein Unterschied zwischen körperlicher und geistiger Arbeit besteht hier nicht — muß auf Grund eines gegenseitigen schuldrechtlichen, also privatrechtlichen Vertrages auf Grund freier Entschließung verrichtet werden. Wer auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Aktes wie z. B. der Beamte einem politischen Gemeinwesen oder einer anderen rechtlichen Körperschaft oder Anstalt zur Leistung von dauernden Diensten verpflichtet ist, scheidet aus dem Arbeitnehmerbegriff aus[1]); ebenso alle diejenigen Personen, die eine Arbeit nicht in Erfüllung einer schuldrechtlich übernommenen Verpflichtung leisten, sondern aus einem anderen Grund, so z. B. aus reiner Gefälligkeit oder auf Grund einer im Familienrecht begründeten Gehorsamspflicht (vgl. § 10 Abs. 1 BRG) oder gar unter gesetzlich zulässigem Zwang, wie z. B. Gefangene einer Strafanstalt, Insassen von Arbeitshäusern und Besserungs-Anstalten.

2. Es muß sich um unselbständige Arbeit handeln, d. h. der Arbeit Leistende muß sich hinsichtlich der Ausführung, insbesondere Bemessung der Arbeitsdauer, Arbeitsortes und Arbeitsmethode den Weisungen des Arbeitgebers unterwerfen. Andererseits gehört es aber auch zum Begriff der unselbständigen Ar-

[1]) Vgl. § 13 insbesondere Abs. 3.

beit, daß sie für Rechnung des AG geht und dieser folgerichtig das Risiko der Arbeit, also auch einen eventuellen Verlust trägt. Keine Arbeitnehmereigenschaft genießen daher die Kleinhandwerker, da sie für ihre Arbeit und ihren Betrieb die Verantwortung und das Risiko tragen, übrigens ja gar keine Arbeitsverträge abschließen. Über die Hausgewerbetreibenden s. unten.

3. Es muß Lohnarbeit verrichtet werden, d. h. die Arbeit muß gegen Entgelt erfolgen, wobei es für den Arbeitnehmerbegriff bedeutungslos ist, ob das Entgelt in einer Geld- (Gehalt, Lohn, Gewinnanteile) oder Sachleistung (Kost und Unterkunft, Sachbezüge) oder in einem sonstigen Handeln besteht. Demnach fallen auch Lehrlinge und Volontäre unter den Arbeitnehmerbegriff, da das Entgelt für ihre Leistungen gewöhnlich in dem Versprechen und der Ausführung der Berufsausbildung liegt, vgl. Kaskel S. 67. Bestritten! Nach der hier vertretenen Ansicht hätte es im § 11 und § 12 des BRG. der ausdrücklichen Anführung der Arbeiter- und Angestellten-Lehrlinge nicht bedurft, da diese begrifflich zu den AN und dementsprechend auch zu den Arbeitern und Angestellten des BRG. gehören.

4. Es muß sich um berufsmäßige Arbeit handeln, d. h. die Beschäftigung hat in erster Linie dem Erwerbe zu dienen, die Arbeit darf nicht durch Beweggründe charitativer, religiöser, wissenschaftlicher oder künstlerischer Art bestimmt werden, die den Erwerbszweck überwiegen (vgl. § 10 BRG). Eine berufsmäßige Ausübung setzt aber auch voraus, daß letztere der allgemeinen Richtung der regelmäßigen Betätigung des Arbeitenden entspricht (Kaskel a. a. O.) und nicht nur ausnahmsweise etwa aus Liebhaberei betrieben wird.

Dabei ist es nicht erforderlich, daß diese Arbeit die ausschließliche Beschäftigung des Betreffenden darstellt, es kann sich auch nur um einen Nebenberuf handeln. Es kann jemand auch in zwei Betrieben beschäftigt sein und durch jede der Beschäftigung in jedem der beiden Betriebe für sich die Arbeitnehmereigenschaft erlangen. Immerhin wird aber zum mindesten zu fordern sein,

daß die Beschäftigung einen erheblichen Teil der Arbeitszeit in Anspruch nimmt; daher werden Personen, die nur gelegentlich für wenige Stunden aushelfen, aus dem Arbeitnehmerbegriff auszuscheiden haben, auch wenn sie täglich regelmäßig beschäftigt werden; dies gilt z. B. für Reinemachefrauen, Zeitungsträger, Botenfrauen usw.

II. Arbeiter und Angestellte.

Wer hiernach als Arbeitnehmer anzusehen ist, untersteht aber, wie ich schon oben angedeutet habe, nicht unter allen Umständen dem Entlassungsschutz des BRG; vielmehr hat das BRG den AN-begriff auf die beiden Berufsstände, Arbeiter und Angestellte beschränkt, deren Begriffsbestimmung in den §§ 10 ff. BRG enthalten ist.

1. Arbeiter. Das BRG gibt wenig Auskunft, wenn es sagt: „Arbeiter sind die im Dienste anderer gegen Entgelt oder als Lehrlinge beschäftigten Personen mit Ausschluß der Angestellten." (§ 11 Abs. 1 BRG.)

Im wesentlichen kann man sagen: Unter Arbeitern versteht man in der Hauptsache Handarbeiter, d. h. Personen mit überwiegend körperlicher oder mechanischer Dienstleistung. Es kommt also vor allem auf das Überwiegen der rein körperlichen oder mechanischen Betätigung über eine solche von geistiger oder gedanklicher Arbeit an; doch liegt andererseits auch in dem Überwiegen einer nach Anweisung auszuführenden über eine leitende oder beaufsichtigende Betätigung ein Begriffsmerkmal des Arbeiters. Dagegen sind die Höhe und Art des Entgeltes, die Zahlungszeit des Entgeltes und die Kündigungsfristen unerheblich für den Begriff Arbeiter.

Demnach ist der Begriff Arbeiter im Sinne des Entlassungsschutzes des BRG ein sehr weiter und geht namentlich über den im Sprachgebrauch verwandten hinaus; er umfaßt Gehilfen, Gesellen, Gelernte, Ungelernte, Vorarbeiter, Gelegenheitsarbeiter,

aber auch insbesondere die sogen. Gewerbegehilfen (Pförtner, Wächter, Kellner, Fahrpersonal einer Straßenbahn usw.).

a) Hausgehilfen (z. B. Dienstboten, häusliches Gesinde). In diesem Zusammenhang müssen auch noch die Hausgehilfen besonders erwähnt werden. Sie würden nach dem Dargelegten an und für sich unter den Begriff Arbeiter fallen; der Gesetzgeber hat sie jedoch, wie wir später noch sehen werden, aus dem Entlassungsschutz ausgeschlossen, da er als weitere Voraussetzung für letzteren auch das Vorhandensein eines Betriebes fordert. (Siehe unten § 2 III.)

Als entscheidendes Begriffsmerkmal des Hausgehilfen kommt neben der Leistung häuslicher Dienste die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft mit einem mehr oder weniger beschränkten Recht zur Teilnahme am Familienleben (vor allem Wohnen und Schlafen im Haushalt) hinzu; daraus ergibt sich, daß als eigentliche Hausgehilfen nur die Dienstboten in Frage kommen, die in einem Privathaushalt beschäftigt und in dessen häusliche Gemeinschaft aufgenommen sind, während aus dem Begriff diejenigen auszuscheiden haben und als AN gelten, welche in einem gewerblichen Betrieb oder in Anstalten zur Leistung häuslicher Dienste angestellt sind. Letztere sind keine Hausgehilfen, sondern Gewerbegehilfen (Hausknechte, Ausgeher, Hotelwäscherinnen, Hotelköchinnen, Küchenmädchen, Zimmermädchen in Hotels usw.), es sei denn, daß sie ausschließlich für den privaten Haushalt des AG (z. B. Hotelbesitzers oder Anstaltsleiters) verwendet werden.

b) Heimarbeiter; gemäß § 11 Abs. 2 BRG fallen unter den Begriff Arbeiter im Sinne dieses Gesetzes und damit unter den Entlassungsschutz des BRG auch Hausgewerbetreibende unter gewissen Voraussetzungen.

aa) Begriffliches. Hausgewerbetreibende, in der Wissenschaft häufig Heimarbeiter genannt[2]), sind zunächst nicht mit den Haus-

[2]) Doch ist diese Bezeichnung keineswegs einheitlich durchgeführt, weder in der Wissenschaft (vgl. Landmann), noch auch in den Gesetzen.

arbeitern im Sinne des Hausarbeitsgesetzes vom 27. 6. 23 zu verwechseln; dieser Begriff ist ein weiterer als der des Heimarbeiters, er umfaßt nicht nur die Gewerbetreibenden der in § 119 b Gew.-O. behandelten Art, sondern darüber hinausgehend auch noch die von letzteren beschäftigten Familienglieder; vgl. Landmann § 119 b.

Heimarbeiter im obigen Sinne sind aber auch nicht die unselbständigen Außenarbeiter[3]), die sich von den im Betriebe des AG beschäftigten Arbeitern nur dadurch unterscheiden, daß sie durch zufällige Umstände (z. B. Raummangel) in ihrer eigenen Wohnung oder Werkstätte arbeiten. Ihre Gleichstellung mit den übrigen Arbeitern ist eine begriffliche[4]); denn sie weisen alle oben aufgezeigten Merkmale des AN auf, leisten vor allem unselbständige Arbeit, d. h. sie sind wirtschaftlich wie persönlich unselbständig und haben sich als solche den Weisungen ihres AG bezüglich Bemessung der Arbeitsdauer, Arbeitsortes und Arbeitsmethode zu fügen. Diese Außenarbeiter sind als gewöhnliche Arbeiter anzusehen und genießen als solche ohne weiteres den Entlassungsschutz des BRG. Sie haben allerdings ein Gemeinsames mit dem hier zu behandelnden Heimarbeiter, nämlich die Tatsache, daß auch bei ihnen die Arbeit außerhalb der eigentlichen Arbeitsstätte des AG verrichtet wird. Dieses ist aber nur ein beiden eigentümliches äußeres Kennzeichen und ist insbesondere nicht für den Begriff des Heimarbeiters maßgebend.

Bei seiner Definition ist vielmehr der Nachdruck auf die Selbständigkeit des Heimarbeiters zu legen, was durch ein kurzes Eingehen auf die Entstehungsart der Heimarbeit deutlich wird. Es handelt sich bei den Heimarbeitern nämlich um Personen, die

[3]) Auch diese werden in der Theorie und Praxis häufig Heimarbeiter genannt, vgl. Landmann S. 155.

[4]) A. M. Lotmar Arbeitsvertrag II S. 479 ff., der aus dem Wortlaut § 119 b Gew.-O. schließt, daß auch die unselbständigen Außenarbeiter als Heimarbeiter im Sinne dieser Vorschrift zu gelten haben.

wirtschaftlich gezwungen sind einem Verdienste nachzugehen, aber aus irgend welchen Gründen nicht in der Lage sind, die Arbeitsmöglichkeiten im Betriebe eines AG zu suchen, z. B. Hausfrauen und Mütter der Mittelklassen, die auf einen Nebenverdienst ausgehen. Oder es handelt sich um Personen, die ehedem selbständige Unternehmer waren, inzwischen aber aus irgend welchen Gründen die selbständige Fabrikation u. dergl. aufgeben mußten und um nicht den letzten Grad der persönlichen Selbständigkeit zu verlieren, für einen anderen Unternehmer in ihrer eigenen Arbeitsstätte Fabrikate, meist aber nur Halbfabrikate herstellen. Von dem Unternehmer beziehen diese Heimarbeiter das Material, verarbeiten es und erhalten für jedes fertige Stück einen verabredeten Stücklohn bezahlt. Für den Absatz hat nicht der Heimarbeiter, sondern der Unternehmer das Risiko zu tragen; an diesen werden evtl. durch Vermittlung eines sogenannten Zwischenmeisters die fertigen Stücke abgeliefert. Sie arbeiten also nicht für das Publikum selbst, sondern für den Verleger und den Absatz durch dessen Geschäft; die Gew.-O. von 1869 drückte das folgendermaßen aus: Heimarbeiter sind diejenigen, welche außerhalb der Fabrikstätten für den Fabrikinhaber oder die ihnen gleichgestellten Personen die zu deren Gewerbebetrieb nötigen Ganz- oder Halbfabrikate anfertigen oder solche an sie absetzen, ohne aus dem Verkauf dieser Waren an Konsumenten ein Gewerbe zu machen.

Die Heimarbeiter bilden demnach eine Zwischenstufe zwischen dem selbständigen Unternehmer und dem gewöhnlichen Lohnarbeiter. Sie nähern sich dem ersteren, weil sie wie dieser persönlich selbständig und unabhängig bleiben; sie schließen ja mit dem Verleger keinen eigentlichen Arbeitsvertrag, befinden sich also vor allem nicht in disziplinärer Abhängigkeit vom AG. Mit anderen Worten sie sind keine eigentlichen Arbeitnehmer, da sie keine unselbständige Arbeit verrichten. Andererseits ähneln sie wieder dem Arbeitnehmer, da sie in ähnliche wirtschaftliche Ab-

hängigkeit von dem Verleger geraten können, auf dessen Belieferung sie angewiesen sind. Diese Abhängigkeit wird um so größer, je mehr sich der Kreis der zu beliefernden AG konzentriert, und kann schließlich zur völligen wirtschaftlichen Gleichstellung mit den sonstigen AN führen.

bb) Für diesen Fall bezieht das BRG die Heimarbeiter in den Kreis der Arbeiter ein, sodaß in diesem Zeitpunkt für die AN auch der Entlassungsschutz des BRG entsteht. (§ 11 Abs. 2 BRG.) Seine Voraussetzungen sind folgende:

Der Heimarbeiter muß für bestimmte Gewerbetreibende beschäftigt sein, wobei nach der reichsgerichtlichen Auffassung ein ständiges Arbeitsverhältnis von einer gewissen Dauer zu Grunde liegen muß. Allerdings braucht es sich nicht um ein vertragsmäßiges Dienstverhältnis handeln, vielmehr genügt ein tatsächlich bestehendes Verhältnis der bezeichneten Art (vgl. RG Str. Bd. 12 S. 428). Der Entlassungsschutz ist auch nicht ausgeschlossen, wenn der Heimarbeiter nebenbei auf eigene Rechnung oder für mehrere Gewerbetreibende arbeitet, wenn er nur in der Hauptsache für einen bestimmten Betrieb tätig wird. Unerheblich ist ferner, ob der Hausgewerbetreibende die Roh- und Hilfsstoffe selbst beschafft oder nicht, vgl. 119 b Gew.-O. in Verbindung mit § 11,3 BRG.

Eine weitere Einschränkung erfährt der Kreis der als Arbeiter zu behandelnden Heimarbeiter noch hinsichtlich des Wohnortes, da als Arbeiter nur die in der Gemeinde des Betriebs oder in wirtschaftlich mit ihr zusammenhängenden, nahe bei ihr liegenden Gemeinden wohnenden Hausgewerbetreibenden in Betracht kommen. (Vgl. § 11 RGB.) Diese Einschränkung ist aber bedeutungslos, sobald ein Betrieb mindestens 20 Hausgewerbetreibende beschäftigt; gemäß § 3 BRG sind dann auch die in entfernteren Gegenden wohnenden Heimarbeiter als Arbeiter dem Entlassungsschutz unterstellt.

Eine dritte Voraussetzung liegt in der Forderung, daß die Heimarbeiter nicht selbst AN beschäftigen dürfen, wobei allerdings zu betonen ist, daß gemäß § 10 Abs. 1 BRG Familienangehörige des Heimarbeiters nicht als AN zu zählen sind. (§ 3 BRG.)

2. Angestellter. Erheblich mehr Schwierigkeiten als die Feststellung des Arbeiterbegriffes begegnet diejenige des Angestelltenbegriffs, der in der Wissenschaft heftig umstritten ist. Wenn auch das BRG im § 12 bei seiner Definition die im § 1 AVG gegebene Zusammenstellung zu Grunde legt, so gibt es uns doch nicht einen fest umrissenen Begriff; denn einmal bringt auch § 1 AVG keine erschöpfende Zusammenstellung der Tätigkeiten, die die Angestelltenteneigenschaft begründen, sondern er gibt nur Beispiele, und andererseits verwendet er auch in seiner Aufzählung den „Angestellten" und setzt also dessen Begriff als bekannt voraus.

Die entscheidenden Begriffsmerkmale des Angestellten ergeben sich zunächst aus dem Gegensatz zum Arbeiter. Während dort die Handarbeit oder eine gemäß einer gegebenen Anordnung auszuführende Tätigkeit entscheidet, gehört hier zum Begriff eine überwiegend intellektuelle oder eine leitende und beaufsichtigende Tätigkeit.

Als Angestellte im Sinne des Entlassungsschutzes kommen aber auch noch AN in Betracht ohne Rücksicht darauf, ob sie mit intellektueller, leitender oder beaufsichtigender Tätigkeit beschäftigt werden oder nicht. Bei diesen AN liegt das rechtliche Kennzeichen des Angestellten in einer bestimmten Berufstätigkeit und zwar entweder in kaufmännischer Tätigkeit oder Büroarbeit. (Vgl. § 12 BRG.) Diese kaufmännischen und Büroangestellten haben also die Angestelltenteneigenschaft, selbst wenn sie mit ausschließlich mechanischen oder ausführenden Obliegenheiten beschäftigt werden. Dabei sind unter kaufmännischen Diensten Dienste zu verstehen, zu denen Schulung und Fertigkeit gehören,

die man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tüchtigkeit nennt und die kaufmännische Signatur tragen (vgl. Staub HGB I 364), während als Büroangestellter nur der gelten kann, welcher in der Hauptsache in einem oder für ein Büro mit schriftlichen oder diesen gleichzuachtenden Arbeiten (wie Telefonbedienung z. B.) beschäftigt ist. Trotz des immerhin vieldeutigen Wortlautes des § 12 BRG: „und die mit niederen oder lediglich mechanischen Dienstleistungen beschäftigten Büroangestellten" können dagegen AN, die ausschließlich mit Botengängen, Reinigung, Aufräumung und ähnlichen niederen Arbeiten beschäftigt sind, analog § 1 Ziff. 3 AVG nicht als Angestellte im Sinne des Entlassungsschutzes gelten.

Während also § 12 insoweit den Begriff des Angestellten auf die kaufmännischen und Büroangestellten ausdehnt, engt er in seinem zweiten Absatz den Angestelltenbegriff ein, indem er die sog. leitenden Angestellten aus dem Begriff herausnimmt und damit nicht dem Entlassungsschutz unterstellt. Dies hat seinen Grund in der Tatsache, daß die leitenden Angestellten regelmäßig die eigentliche Aufgabe der Unternehmer wahrnehmen oder letzteren so nahe stehen, daß eine Gleichheit ihrer Interessen mit denen der übrigen Angestellten nicht mehr vorauszusetzen ist.

a) Leitende Angestellte. Der Begriff deckt sich keineswegs mit dem im § 1 Z. 1 AVG angeführten Angestellten in leitender Stellung, sondern ist enger als dieser. Eine befriedigende Begriffsbestimmung wurde in der Wissenschaft noch nicht gefunden. Immerhin ist durch § 12 Abs. 2 BRG die Richtung gegeben; danach entscheidet eben die Ausübung einer eigentlichen Unternehmertätigkeit. Das Begriffsmerkmal des leitenden Angestellten liegt also in einer bestimmten Überordnung über die übrigen AN, die ihren Ausdruck darin findet, daß die leitenden Angestellten eigentliche Aufgaben des Unternehmers wahrnehmen, so z. B. vor allem das Recht der Einstellung und Entlassung. Sie erhalten dadurch eine übergeordnete Stellung über die AN, durch

die auch die Gleichheit der Interessen mit letzteren beseitigt wird. Ein rechtliches Kennzeichen der leitenden Angestellten ist auch die Tatsache, daß ihnen Prokura oder Generalvollmacht erteilt ist. Was die im § 12 Abs. 2 noch angeführten Vorstandsmitglieder und gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen betrifft, so werden diese wohl schon deshalb aus dem Begriff des leitenden Angestellten auszuscheiden haben, weil sie als Organe der juristischen Personen keine Angestellten eines AG sein können.

§ 2. Beschränkung nach Betrieben.

Im Gegensatz zum sonstigen Arbeitsrecht tritt für den Entlassungsschutz des BRG durch die Art der Unternehmen eine Differenzierung der rechtlichen Regelung nicht dahin ein, daß der AN je nach der Art des Betriebes, in dem er tätig ist, einem besonderen und verschiedenen Schutz unterstellt wird; der Entlassungsschutz ist vielmehr für alle AN, soweit sie überhaupt nach dem Vorgehenden und Folgenden unter ihn fallen, ein einheitlicher. Dagegen sind die Betriebe doch noch insofern von Bedeutung für den Entlassungsschutz, als sein Personenkreis außer der hinsichtlich der Berufsstände sich ergebenden Begrenzung auch noch eine Beschränkung nach der Art der Betriebe, in dem der AN tätig ist, erfährt.

I. Diese Begrenzung erfolgt einmal nach dem Wirtschaftszweig, dem der betreffende Betrieb angehört.

Gemäß § 5 BRG scheiden aus dem Entlassungsschutz nämlich die AN der Betriebe der Seeschiffahrt und Binnenschiffahrt. Dagegen fallen unter den Entlassungsschutz die Arbeiter und Angestellten der übrigen Wirtschaftszweige, also des Gewerbes, Handels, Bergbaues und der Landwirtschaft. Eine Feststellung ihrer Begriffe erübrigt sich.

II. Die Größe des einzelnen Betriebes, gemessen an der Zahl der Beschäftigten ergibt eine weitere Einschränkung, da regelmäßig nur die Arbeiter und Angestellten in Betrieben mit Betriebsräten dem Entlassungsschutz unterstellt

fortgesetzt werden; dann gilt er aber nicht mehr als Vertrag auf bestimmte Zeit und es bedarf nunmehr zu seiner Auflösung einer Kündigung.

b) Erreichung des Zweckes: Das Arbeitsverhältnis ist von vornherein auf die Erzielung eines bestimmten Erfolges beschränkt und letzterer ist erreicht, z. B. Weihnachtsaushilfe, Notstandsarbeiten.

c) Tod des Arbeitnehmers.

d) Tod des Arbeitgebers, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit den Erben unmöglich ist, z. B. infolge der Eigenart der auf die persönlichen besonderen Verhältnisse des Erblassers abgestellten Arbeit.

e) Konkurs des Arbeitgebers, wenn der Arbeitsvertrag eine Geschäftsbesorgung für den AG, die sich auf die Konkursmasse bezieht, zum Gegenstand hatte und sich auf diesen einen Gegenstand beschränkte.

2. Entlassungen sind auch nicht die Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Vertragsparteien gelöst wird. Bei der hier vorliegenden vertraglichen Aufhebung endet das Arbeitsverhältnis ohne weiteres mit dem vereinbarten Endzeitpunkt.

3. Endlich gehören hierher nicht die Fälle, in denen die Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht durch den Arbeitgeber, sondern mittels Kündigung durch den Arbeitnehmer erfolgt: Aufsagung, Austritt.

§ 4. Ordentliche und außerordentliche Entlassung.

I. Allgemeines.

Die Entlassung, d. h. also die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch rechtsgeschäftliche Erklärung von seiten des Arbeitgebers kann entweder eine außerordentliche, sofortige fristlose Entlassung oder eine ordentliche befristete, unter Einhaltung gesetzlicher oder vertraglicher Kündigungsfristen sein.

Die rechtsgeschäftliche Erklärung, durch die man die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bewirkt, die Kündigung, ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, wird also wirksam, sobald es dem anderen Teil zugeht. (Vgl. § 130 BGB.) Sie bedarf keiner bestimmten Form, soferne eine solche Form nicht vertraglich vereinbart ist. Sie muß grundsätzlich unmittelbar vom AG gegenüber dem AN ausgesprochen sein, soweit nicht entsprechend §§ 107 ff. BGB die gesetzliche Vertretung eintritt, siehe aber Ausnahme §§ 112, 113 BGB. Die Kündigung kann mit einer Bedingung verbunden werden, sofern dadurch für den Entlassenen nicht unklare Verhältnisse geschaffen werden; sie muß jedenfalls inhaltlich bestimmt erklärt werden.

II. Die ordentliche Entlassung.

Sie bedarf zu ihrer Rechtfertigung keines Kündigungsgrundes. Rein privatrechtlich betrachtet, kann die Entlassung aus jedem beliebigen Motiv erfolgen, insbesondere auch aus politischen, persönlichen oder sonstigen, gar nicht mit dem Betrieb zusammenhängenden Gründen, vor allem aus reiner Willkür. Das Wesen der regelmäßigen Entlassung liegt vielmehr in der Einhaltung bestimmter Kündigungszeiten; von deren Innehaltung hängt die Wirksamkeit der Entlassung ab. In Sonderfällen ist neben der Einhaltung von Kündigungszeiten die ordentliche Entlassung noch weiteren Beschränkungen unterworfen, so insbesondere in den Fällen der Betriebsstillegung und der Entlassung von Schwerbeschädigten.

1. Zu unterscheiden sind bei den Kündigungszeiten die Kündigungsfristen, das sind Zeiträume, die zwischen dem Tag des Kündigungsausspruches und der tatsächlichen Entlassung, d. i. Auflösung des Arbeitsverhältnisses liegen müssen, und Kündigungstermine, d. s. Zeitpunkte, an denen allein die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgen kann. Für die Berechnung dieser Fristen und Termine gelten die §§ 186 ff. BGB, sodaß also insbesondere der Tag des Kündigungsausspruchs nicht in die Frist einzurechnen ist. (§ 187 Abs. 1 BGB.)

Ferner sei noch darauf hingewiesen, daß gemäß § 193 BGB die Kündigung für den Fall, daß der letzte Tag, an dem die Kündigung noch zulässig wäre, auf einen Sonn- oder staatlich anerkannten Feiertag fällt, noch am nachfolgenden Werktag statthaft ist.

2. Die Fristen und Termine beruhen in erster Linie auf Parteivereinbarung; insbesondere ist die Bestimmung der Länge der Fristen den Parteien überlassen; sie können Kündigungszeiten und Fristen vertraglich ausschließen, soweit nicht zwingende Vorschriften entgegenstehen, welche die Vertragsfreiheit einschränken, vgl. §§ 122, 133 Gew.-O.; 67, 68, 69 HGB.

Gesetzliche Kündigungsfristen kommen nur zur Anwendung, soweit eine Vereinbarung (z. B. Ausschluß jeder Kündigungsfrist) fehlt. Sie sind teils allgemein im BGB für alle AN geregelt, teils für die verschiedenen Gruppen von AN durch Spezialbestimmungen, die dann ihrerseits den allgemeinen Bestimmungen des BGB vorgehen. Das BGB unterscheidet zwischen Zeitlohnarbeitern einerseits und Akkordarbeitern und sonstigen Arbeitnehmern auf der anderen Seite, und unterstellt beide Gruppen einer besonderen rechtlichen Regelung; vgl. §§ 622, 621 BGB für Zeitlohnarbeiter, § 623 BGB für die sonstigen AN. Für die besonderen Kündigungszeiten einzelner Berufsstände vgl. § 122 Gew.-O. (für gewerbliche Arbeiter), § 56 HGB, § 133a Gew.-O. (für kaufmännische und technische Angestellte).

Ausnahmsweise tritt in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen eine Hinausschiebung dieser auf Vereinbarung oder Gesetz beruhenden Kündigungszeiten ein; eine solche Verlängerung gilt einmal für ältere Angestellte nach dem Gesetz vom 9. 7. 26 und andererseits für Frauen vor und nach der Niederkunft gemäß dem Mutterschutzgesetz vom 16. 7. 1927.

III. Außerordentliche Entlassung.

Eine solche liegt vor, wenn die Entlassung mit sofortiger Wirkung, also ohne Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen, erfolgt. Um gültig zu sein und das Nicht-

einhalten der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen zu rechtfertigen, muß ein besonderer Kündigungsgrund vorliegen. Diese Kündigungsgründe sind teils allgemeiner Natur und gelten dann für alle AN und Berufsstände, teils sind sie besondere, vom Gesetz eigens aufgezählte für bestimmte Berufszweige.

1. Als allgemeiner Kündigungsgrund gilt jeder wichtige Grund, d. h. jeder Umstand, bei dessen Berücksichtigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem AG nicht mehr zugemutet werden kann. Ein solcher Grund kann in den persönlichen Verhältnissen des AG oder AN oder auch in objektiven Umständen gefunden werden. Ein Verschulden des AN ist nicht notwendig, wenngleich gerade eine schuldhafte Verletzung der Arbeitsvertragspflichten die sofortige Kündigung rechtfertigen kann.

Diese allgemeinen Gründe gelten nach § 626 BGB für alle AN mit Ausnahme der gewerblichen Arbeiter, jedoch auch mit Einschluß der letzteren im Falle der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses auf mindestens vier Wochen oder mit längerer als zweiwöchiger Kündigungsfrist. (§ 124a Gew.-O.)

2. Soweit § 124a Gew.-O. nicht in Frage kommt, ist eine fristlose Entlassung gewerblicher Arbeiter nur aus den gesetzlich aufgezählten Gründen und nur dann zulässig, wenn der AG von seinem Recht der sofortigen Entlassung binnen einer Woche, vom Tage der Kenntnis des Kündigungsgrundes an gerechnet, Gebrauch macht; diese Ausschlußfrist fällt jedoch weg, wenn der AN zur Fortsetzung der Arbeit unfähig oder mit abschreckender Krankheit behaftet ist. (Vgl. §§ 123, 124 Gew.-O.)

Auch das HGB hat im § 72 für die Entlassungen von Handlungsgehilfen, die Gew.-O. im § 133d für die technischen Angestellten eine Reihe von Tatbeständen aufgezählt, die als wichtige Gründe anzusehen sind. Jedoch ist damit keine erschöpfende Aufzählung vom Gesetzgeber beabsichtigt, sondern hier sollen nur Beispiele gegeben werden, die die Anwendung anderer wichtiger Gründe nicht ausschließen. Vor allem gilt hier in vollem Umfang § 626 BGB.

II. Teil.

Die Bestimmungen des Entlassungsschutzes.

Bei der Darstellung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen des Entlassungsschutzes nach dem Betriebsrätegesetz wird im folgenden die vom Gesetze selbst gegebene Gliederung zu Grunde gelegt. Daraus folgt zunächst eine Zweiteilung nach den beiden Hauptformen der Entlassung in eine gesonderte Darlegung des Schutzes gegen die ordentliche Entlassung und andererseits des Schutzes gegen die außerordentliche Entlassung. Innerhalb der ersten Hauptgruppe scheiden sich von den allgemeinen Bestimmungen, die den Schutz für alle Arbeitnehmer ohne Unterschied ihrer Stellung enthalten, die Schutzbestimmungen für die Betriebsvertretungsmitglieder, deren besondere Verhältnisse zu einer von dem allgemeinen Schutz abweichenden gesetzlichen Regelung ihres Entlassungsschutzes geführt haben.

A. Ordentliche Entlassung.

Erste Abteilung.

Der Allgemeine Entlassungsschutz.

Unter allgemeinem Entlassungsschutz ist hier die Gesamtheit der Rechtsnormen des BRG zu verstehen, die auf alle AN schlechthin Anwendung finden, soweit sie nicht ausnahmsweise einem besonderen ausschließlichen Schutz, wie die Mitglieder der Betriebsvertretungen unterstellt sind. Neben dem Einspruchsrecht, das den Rechtsbehelf des AN gegen seine Einzelentlassung enthält, ist ein besonderer neben diesem bestehender Schutz bei

Massenentlassung in dem § 74 BRG vorgesehen, dessen Darstellung in folgendem zuerst erfolgen soll. Nach dem Einspruchsrecht bleibt schließlich als dritte Gruppe des allgemeinen Entlassungsschutzes noch kurz das Benachteiligungsverbot des § 95 BRG zu erörtern.

1. Kapitel.

Schutz bei Massenentlassungen.

§ 5. Allgemeines.

Die hier einschlägige Vorschrift des § 74 BRG, die bei Massenkündigungen dem Betriebsrat ein Mitberatungsrecht einräumt, dürfte wohl vom Gesetzgeber in erster Linie mit der Absicht erlassen worden sein, der Betriebsvertretung einen gewissen Einfluß auf die Zusammensetzung der Belegschaft (Arbeitnehmerschaft) zu geben. Man könnte deshalb berechtigte Bedenken dagegen äußern, daß die Darstellung des § 74 hier unter dem Gesichtspunkt des Entlassungsschutzes erfolgt, zumal der AG durch diese Vorschrift in keiner Weise in seinen Entschließungen behindert ist und dem AN keinerlei Rechtsbehelfe gegen seine Entlassung eingeräumt sind. Trotzdem muß in § 74 eine Entlassungsschutzmaßnahme erblickt werden, die in seiner positiven Vorschrift enthalten ist, daß der Betriebsrat sein Mitberatungsrecht auch zur Vermeidung von Härten bei den Entlassungen auszuüben hat. Da man wohl annehmen darf, daß im Regelfall der AG sich seiner Pflicht nach § 74 nicht entzieht und den Vorstellungen des Betriebsrats nicht verschließt, auch letzterer von seinem Rechte unparteiischen Gebrauch macht, so wird vielen AN aus der Vorschrift des § 74 ein, wenn auch nur mittelbarer Entlassungsschutz erwachsen. Daß sich der Schutz hier nicht für alle AN auswirken kann und es sich hier nur um vorsorgliche Maßnahmen handelt, ist unschädlich, da ja durch § 74 das dem Einzelnen gegen seine Entlassung zustehende Einspruchsrecht nach §§ 84 ff. nicht berührt wird; vgl. allerdings

§ 85 Abs. 2 Nr. 2, s. auch unten § 8 II, in diesem Fall erschöpft sich der Entlassungsschutz ausnahmsweise in dem Mitberatungsrecht nach § 74.

§ 6. Der Schutz des § 74 im Einzelnen.

I. Geltungsbereich. Das Mitberatungsrecht besteht nicht bei allen Massenentlassungen, sondern § 74 will nur die Fälle treffen, in denen auf Grund veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse eine Einschränkung oder Stillegung des Betriebs oder von Betriebsteilen erfolgt und folglich die Entlassung einer größeren Zahl von AN nötig wird. Der Anlaß, der zu solch größeren Personalverringerungen führt, muß daher im Betriebe selbst liegen und außergewöhnlicher Natur sein, sodaß § 74 z. B. für Aussperrungen als Kampfmaßnahmen in Streiks keine Anwendung findet.

II. Die Befugnisse aus § 74. Diese hat nur der Betriebsrat oder, soweit es sich um vertrauliche Mitteilungen handelt, an dessen Stelle der Betriebsausschuß auszuüben, nie dagegen der Gruppenrat. (Vgl. Feig-Sitzler S. 190; a. M. Flatow § 74 Anm. 3.)

Inhaltlich bestimmt § 74 als Entlassungsschutz, daß der AG vor Massenentlassungen sich mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Entlassungen und zur Vermeidung von Härten bei letzteren ins Benehmen zu setzen hat. Mit a. W. der AG hat eine gütliche Einigung über die vorzunehmenden Entlassungen durch Beratungen mit dem Betriebsrat zu versuchen. Daneben kann der Betriebsrat bezw. Betriebsausschuß eine Mitteilung über die bevorstehenden Maßnahmen an die Landesarbeitsämter oder vom Betriebsrat zu bezeichnenden Arbeitsvermittlungsstellen verlangen und, falls die Vermittlungsstelle diesem Verlangen nicht nachkommt, diese Mitteilung selbst, soweit es sich nicht gerade um vertrauliche Angaben handelt, der bezeichneten Stelle machen.

III. Bedeutung des § 74. § 74 enthält, wie schon oben angedeutet, nur eine Ordnungsvorschrift, zu deren Einhaltung der AG nicht durch Strafvorschriften gezwungen werden kann. Die Verletzung seiner Pflicht nach § 74 hat keinerlei Folgen (insbesondere nicht etwa die Unwirksamkeit der Entlassungen). Das Gleiche muß sinngemäß auch für den Fall gelten, daß der AG sich zwar mit dem Betriebsrat ins Benehmen setzt, eine Einigung aber nicht erzielt wird oder daß der AG trotz erfolgter Einigung sich nachträglich bei der Entlassung über die Vorschläge der Betriebsräte hinwegsetzt. (Vgl. Feig-Sitzler S. 190; a. M. OLG Stettin vom 9. 7. 23 RABl. 23 S. 679, das allerdings ohne nähere Begründung annimmt, eine Verletzung des § 74 durch den AG erzeuge einen Ersatzanspruch des AN; a. M. auch Flatow S. 299, nach dem das Recht des Betriebsrats nach § 74 in gleicher Weise, wie in den §§ 71, 72 durch Strafvorschriften (§§ 95, 99) und durch die verwaltungsrechtliche Entscheidung aus § 93 gesichert ist.)

2. Kapitel.

Das Einspruchsrecht der §§ 84 ff. BRG.

§ 7. Allgemeines.

Gegen die ordentliche Entlassung gab es im alten Arbeitsrecht keinen Rechtsbehelf; sie konnte jederzeit ohne jegliche Begründung erfolgen. Hier setzt das BRG ein, in dem es dem AN gegen seine unverdiente und betrieblich nicht gebotene, also eine unbillige Härte darstellende Entlassung einen sozialen Rechtsbehelf gewährt. Allerdings wird auch hier die privatrechtliche Wirksamkeit der Entlassung, wie überhaupt die Kündigungsfreiheit des AG nicht berührt. Denn das BRG läßt die Entlassung nicht unter bestimmten Voraussetzungen, etwa bei fehlender Zustimmung der Betriebsvertretung, unwirksam sein, wie es z. B. der Regierungsentwurf vorsah und bei Entlassungen von Betriebsvertretungsmitgliedern auch der Inhalt des Schutzes ist. Das BRG gibt nur eine Nachprüfungsmöglichkeit auf die

sozialpolitische Angemessenheit der nach dem allgemeinen Arbeitsvertrag unerheblichen inneren Gründe einer ordentlichen Entlassung (Flatow S. 356), läßt aber ohne Rücksicht darauf das Arbeitsverhältnis nach den allgemeinen privatrechtlichen Bestimmungen enden. Gemäß § 84 ff. kann nunmehr der Entlassene AN unter gewissen Voraussetzungen, wenn nämlich ein vom Gesetz mißbilligter Grund zur Entlassung vorliegt, gegen diese Einspruch in einem besonderen Verfahren erheben mit der Wirkung, daß bei begründetem Einspruch eine Verpflichtung des AG zur Weiterbeschäftigung, also Fortsetzung des inzwischen erloschenen Arbeitsverhältnisses, oder zur Entschädigung entsteht (Einspruchsrecht).

Seiner rechtlichen Natur nach ist das Einspruchsrecht einerseits ein materielles Recht gegen den AG, das in einem besonderen Verfahren, dem Einspruchsverfahren, geltend zu machen ist (materielles Einspruchsrecht), und andererseits ein formelles Recht zur Einleitung und Weiterverfolgung dieses besonderen Verfahrens vor den dazu bestimmten Stellen (formelles Einspruchsrecht). (Vgl. Kaskel S. 167.) Die Darstellung des Einspruchsrechts zerfällt demnach in die des materiellen Einspruchsrechts, ferner die des formellen Einspruchsrechts und schließlich in die Darstellung des Einspruchsverfahrens.

a) Das materielle Einspruchsrecht.

§ 8. Voraussetzungen des materiellen Einspruchsrechts.

I. Positive Voraussetzungen.

1. Das Einspruchsrecht steht, wie schon oben bemerkt, nur den AN in Betrieben mit Betriebsräten zu. Es setzt also zunächst die Zugehörigkeit zu einem bestimmten, den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden, organisierten Betrieb voraus, in dem ein Gruppenrat oder mangels Vorhandenseins beider Arbeitnehmergruppen im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden sein muß. (Flatow S. 347.)

2. Das Einspruchsrecht steht jedoch nicht gegen jede Entlassung zu, sondern hat zur weiteren Voraussetzung, daß die Entlassung aus einem der im § 84 Abs. 1 BRG aufgezählten und vom Gesetz mißbilligten Gründen erfolgt ist. Es muß sich also um eine Entlassung handeln:

a) Wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Verbandszugehörigkeit. Dabei genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes schon zum Einspruch der begründete Verdacht, daß die Entlassung aus angeführten Gründen erfolgt ist; nicht erforderlich ist ein zwingender Nachweis. Wohl aber müssen Tatsachen beigebracht werden, die zum mindesten die Annahme wahrscheinlich machen, daß die Entlassung aus den nach Obigem unzulässigen Gründen erfolgt sei. Immerhin kann man sagen, daß auch trotzdem ein derartiger Nachweis einer sog. Tendenzentlassung sehr schwer zu erbringen ist. Im Zusammenhang ist hier die Streitfrage zu erwähnen, ob eine Entlassung, die zum Zwecke einer gewerkschaftlichen Maßregelung (wegen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit) erfolgt ist, gemäß § 159 RV schon nichtig ist; die Frage wird mit Feig-Sitzler S. 229 zu bejahen sein, da sich die Vorschrift des § 84 I[1] als eine Ergänzung des durch Artikel 159 RV gewährten Schutzes darstellt.

Das Einspruchsrecht ist trotz Vorliegens einer Tendenzentlassung für die sog. Tendenzbetriebe ausgeschlossen, § 85 I BRG; dabei sind unter Tendenzbetrieben Betriebe zu verstehen, die politischen, gewerkschaftlichen, militärischen, konfessionellen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestrebungen dienen. Diese Vorschrift rechtfertigt sich im Hinblick auf die Eigenart der Betriebszwecke des Tendenzbetriebs, der infolge seiner einseitigen Einstellung in politischer oder sonstiger geistiger Beziehung bei seinen AN eine bestimmte Gesinnung voraussetzen muß.

Dementsprechend mußte solchen Tendenzbetrieben der Gesetzgeber auch eine größere Freiheit in der Auswahl und also auch in der Entlassung seiner Mitarbeiter einräumen als anderen Betrieben. Voraussetzung für dieses unbeschränkte Entlassungsrecht nach § 85 I ist allerdings, daß der AN die Betriebszwecke unmittelbar zu fördern, also einen unmittelbaren Einfluß auf ihre Gestaltung hat, da ja nur dann die Freiheit oder Entfernung eines schädlichen Einflusses für den Betrieb überhaupt möglich und notwendig wird. Demnach wird z. B. dem Redakteur einer rechtsgerichteten Zeitung, der eingeschriebenes Mitglied der sozialdemokratischen Partei ist, kein Einspruchsrecht zustehen, wohl aber dem Setzer oder Austräger.

b) Ein Einspruchsrecht ist ferner gegeben, wenn die Entlassung ohne Angabe von Gründen erfolgt ist. (§ 84 I[2].)

Eine schriftliche Begründung der Entlassung ist nicht erforderlich, es genügt eine mündliche; auch braucht die Angabe der Gründe nicht notwendig unmittelbar bei Ausspruch der Kündigung zu erfolgen, sondern sie kann nachgeholt werden, insbesondere noch während des Einspruchsverfahrens. Selbstverständlich ist dann der Einspruch gerechtfertigt, wenn der AG etwa irgend einen Grund vorschiebt und es sich herausstellt, daß die Entlassung aus einem anderen Grunde erfolgt ist; auch hier muß die Entlassung als ohne Angabe des Grundes erfolgt angesehen werden.

c) Ein dritter Einspruchsgrund liegt vor, wenn die Entlassung deshalb erfolgt ist, weil der AN sich weigerte, dauernd andere Arbeit als die bei der Einstellung vereinbarte zu leisten. (§ 84 I[3].)

Bei der Prüfung der vereinbarten Arbeit ist vor allem der Arbeitsvertrag zu Grunde zu legen; eine nur vorübergehende vertragswidrige Beschäftigung berechtigt den wegen Verweigerung dieser Arbeit entlassenen AN nicht zum Einspruch nach § 84 I[3],

gleichgültig ob nach dem Arbeitsvertrage die Verpflichtung zur vorübergehenden Leistung solcher Arbeiten besteht oder nicht; unter Umständen kann hier Einspruch nach Ziffer 4 des § 84 I in Frage kommen; s. unten d).

Ist infolge veränderter Betriebsverhältnisse der AG überhaupt nicht mehr in der Lage, dem AN die vertragsmäßige Arbeit zu geben, und weigert sich der AN eine andere als die vertraglich bedungene Arbeit zu leisten, so ist gegen eine wegen dieser Weigerung ergangene Entlassung der Einspruch erfolglos. Denn billigerweise muß die Weigerung mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Betriebes berechtigt sein, um ein Einspruchsrecht zu begründen; dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz, daß der Einspruch nur die als unbillige Härten sich herausstellenden Entlassungen treffen will. Für die sinngemäße Anwendung dieses im § 84 I^4 enthaltenen Grundsatzes auf die übrigen Einspruchsgründe ist auch die herrschende Meinung. Unter Umständen muß man in diesem Falle dem AG sogar ein Recht zur fristlosen Entlassung zusprechen, insbesondere dann, wenn dem AN eine andere als die vertragsmäßig bedungene Arbeit billigerweise zugemutet werden kann.

d) Der hier noch zu behandelnde Einspruchsgrund des § 84 I^4 betrifft sowohl den praktisch am häufigsten vorkommenden Einspruchsfall, wie er überhaupt den Grundsatz enthält, der für die gesamte Entlassungsschutzgesetzgebung maßgebend ist. § 84 I^4 will den AN gegen die Willkür und ein illoyales Verhalten des AG in Schutz nehmen und trifft daher all die Fälle, in denen eine *Entlassung*, mag sie unter Angabe eines Kündigungsgrundes erfolgt sein oder nicht, *weder durch das Verhalten des AN, noch auch durch die Verhältnisse des Betriebes gerechtfertigt* wird und *als eine unbillige Härte* gegenüber dem AN erscheint. Man kann hier von einer Generalklausel für alle Entlassungen sprechen, die einem unsozialen Verhalten des AG entspringen und deshalb allgemein als hart und unbillig empfunden werden.

Zu untersuchen ist also in erster Linie, ob eine Entlassung für den AN überhaupt eine H ä r t e bedeutet; bei der Prüfung dieser Frage sind vor allem die wirtschaftlichen Verhältnisse des Entlassenen zu berücksichtigen, insbesondere auch die Folgen, die eine Entlassung auf die wirtschaftliche Lage der von dem AN zu unterhaltenden Familie ausübt. Hauptsächlich werden hier also Fälle in Betracht kommen, in denen ein Familienvater in der nächsten Zeit voraussichtlich keine Arbeit finden könnte.

Die in der Entlassung liegende Härte muß aber auch eine u n b i l l i g e sein; auch hier ist in erster Linie die persönliche Lage des Entlassenen zu berücksichtigen, namentlich im Vergleich zu der anderer AN des Betriebs, die unter Umständen eine Entlassung nicht so hart getroffen hätte. Alter, lange Beschäftigung in dem Betrieb, besondere Eignung für die eine Arbeit und die Unmöglichkeit des Arbeitsersatzes bei einem anderen AG können eine Entlassung (Entl.) als unbillig erscheinen lassen. Dies wird namentlich bei Massenentlassungen praktisch werden, wo im Einzelfall die Entl. dem einen gegenüber unbillige Härte bedeuten kann, während dies dem anderen gegenüber nicht der Fall ist. Auch das Motiv der Entl. spielt hier eine Rolle, sodaß eine unbillige Härte vor allem da vorliegen kann, wo die Entl. lediglich wegen persönlicher mit dem Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang stehender Gründe erfolgt ist.

Dagegen kann eine Entlassung, selbst wenn sie eine Härte für den betroffenen AN bedeutet, doch nicht unbillig sein, wenn sie entweder durch die Betriebsverhältnisse oder durch das Verhalten des AN bedingt wurde. Auch dies wird im Einzelfall stets zu prüfen sein. Durch die Betriebsverhältnisse können Entlassungen insbesondere bei Änderung der Arbeitsmethoden, bei Betriebseinschränkungen, Mangel an Rohstoffen oder Aufträgen, Unwirtschaftlichkeit eines Produktionszweiges veranlaßt und notwendig werden. Ob aber gerade die Entlassung sich im Einzelfall trotz ihrer Veranlassung durch Betriebsverhältnisse nicht doch als unbillige Härte für den betroffenen AN darstellt, kann mit Rücksicht

auf die persönlichen Verhältnisse dieses AN im Vergleich zu denen der von der Entlassung verschont gebliebenen AN, die eine solche vielleicht weniger hart getroffen hätte, durchaus möglich sein. — Als ein eine Entlassung rechtfertigendes Verhalten des AN kommen Vertragsverletzungen jeder Art in Frage, mögen sie ein Recht zur fristlosen Kündigung geben oder nicht, wenn sie nur derart sind, daß sie eine Entlassung nicht als unbillige Härte erscheinen lassen.

II. Negative Voraussetzungen.

Trotz Vorliegens einer der eben erwähnten Einspruchsgründe (positive Voraussetzungen) besteht gemäß § 85 II BRG ausnahmsweise bei gesetzlicher Pflicht zur Entlassung und Entlassung bei Stillegungen ein Einspruchsrecht nicht. Seine weitere Voraussetzung ist also, daß die Entlassung nicht auf einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen oder durch Beschluß des Arbeitsgerichts auferlegten Verpflichtung beruht (Ziff. 1) und ferner, daß sie nicht durch gänzliche oder teilweise Stillegung des Betriebs (Ziff. 2) erforderlich wird.

1. a) Eine gesetzliche Verpflichtung zur Entlassung kann z. B. im Falle der §§ 319, 320 RStGB, also bei der strafgerichtlichen Aberkennung der Fähigkeit zur Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienst liegen. Immerhin werden als gesetzliche Pflicht im Sinne des § 85 II 1 nur die Fälle in Frage kommen können, in denen eine Entlassungspflicht unmittelbar und hinsichtlich bestimmter Personen besteht. Z. B. haben Entlassungen, die zum Ausgleich für Einstellungen, zu denen der AG gesetzlich verpflichtet war (Einstellung von Schwerbeschädigten auf Grund des Schwerbeschädigtengesetzes vom 31. VII. 23) vorgenommen werden, hier auszuscheiden, obwohl sie in einem weiteren Sinne ebenfalls auf gesetzliche Verpflichtung sich gründen.

b) Hinsichtlich der tarifvertraglichen Pflicht zur Entlassung kommen Tarifverträge im Sinne des § 1 der Ver-

ordnung vom 1. 3. 28 in Frage, dagegen nicht die Betriebsvereinbarungen. Indessen wird hier stets zu prüfen sein, ob solche tarifvertraglichen Verpflichtungen nicht ungültig sind, insbesondere weil sie gegen gesetzliche Bestimmungen (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen. Vor allem kann hier ein Verstoß gegen die im Art. 159 der RV gewährleistete negative Koalitionsfreiheit (vgl. Kaskel S. 279), d. h. die Freiheit, einer Koalition fernzubleiben, in Frage kommen; daher werden die sog. Absperrungsklauseln (Organisationsklauseln) in Tarifverträgen, wonach nur organisierte AN (allgemeine Organisationsklauseln) oder Arbeitnehmer bestimmter Organisationen (beschränkte Organisationsklauseln) beschäftigt werden, gemäß § 134 BG nichtig sein, weil mit solchen Bestimmungen ein wenn auch nur mittelbarer Zwang zum Beitritt zu einer Organisation ausgeübt wird. Bestritten! vor allen Dingen mit der Begründung, daß in Art. 159 der RV nur die positive Koalitionsfreiheit gewährleistet ist; vgl. Flatow S. 362 ff., der die Verfassungswidrigkeit der allgemeinen Organisationsklausel verneint, die der beschränkten Organisationsklausel bejaht.

c) Ein Beschluß des Arbeitsgerichts, der die Verpflichtung zu einer Entlassung enthält, kann z. B. gemäß § 83 BRG ergehen.

2. Ein Einspruchsrecht ist aber auch ausgeschlossen, wenn die Entlassung durch die gänzliche (a) oder eine teilweise (b) Stillegung des Betriebs erforderlich (c) wird. Gleichgültig ist es, ob es sich um eine dauernde oder nur vorübergehende Stillegung handelt, ob sie notwendig und zweckmäßig ist oder nicht.

a) Der Begriff der Betriebsstillegung deckt sich hier nicht mit dem der Stillegungsverordnung vom 8. XI. 20, der enger ist. Eine Stillegung im Sinn des BRG bedeutet die Nichtbenutzung, die Schließung eines Betriebs, liegt also dann vor, wenn die bisherige Produktion von Sachgütern dauernd oder vorübergehend eingestellt wird. Immerhin gehört zum Begriff, daß die

Wiederaufnahme der Produktion oder die Wiedereröffnung des Betriebs zum mindesten unsicher ist, da man in dem Fall, daß von vornherein die Wiedereröffung in kurzer Zeit beabsichtigt ist, nur von einer Unterbrechung, nicht von einer Stillegung sprechen kann.

b) Der Begriff der teilweisen Stillegung erfordert nach h. M. die Ausschaltung einer ganzen Betriebsabteilung, die innerhalb des Betriebes vermöge ihrer räumlichen Verhältnisse und wegen ihrer sachlichen Leistung eine gewisse wirtschaftliche Einheit und Selbständigkeit gegenüber dem ganzen Betrieb hat. Keine Stillegung liegt also vor, wenn nur eine Betriebsanlage, etwa einzelne Maschinen ausgeschaltet werden, während die Abteilung als solche fortbestehen bleibt; hier haben wir es mit einer unerheblichen Betriebseinschränkung zu tun.

c) Voraussetzung für die Unzulässigkeit des Einspruchs ist aber, daß die Entlassung durch die Stillegung erforderlich wird. Die Entlassung muß also wirklich auf die Stillegung zurückzuführen sein und für den betroffenen Arbeiter muß nicht etwa eine Arbeitsmöglichkeit in einem von der Stillegung unbetroffenen Betriebsteil bestanden haben. Notwendig ist jedoch nicht, daß die Entlassungen mit der Stillegung zeitlich zusammenfallen, vielmehr gelten auch zeitlich vor ihr erfolgte Entlassungen als durch die Stillegung bedingt, sofern sie nur mit Rücksicht auf die künftige Auflösung und zum Zwecke derselben vorgenommen wurden.

§ 9. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Gegenstand des materiellen Einspruchsrechts ist der Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber auf Weiterbeschäftigung, d. h. auf weitere Erfüllung aller dem AG nach dem bisherigen Arbeitsvertrage obliegenden Pflichten.

Dieser Anspruch aus dem bisherigen Arbeitsvertrag bezw. in Nachwirkung desselben, ist also rein privatrechtlicher Natur, wenngleich er in besonderer, von den bisherigen Privatrechtsregeln abweichender Weise (Mitwirkung der Betriebsvertretung) ausgestattet ist. Das materielle Einspruchsrecht steht dem entlassenen AN selbst zu, nicht etwa der Betriebsvertretung, die zur Erhebung des Einspruchs nicht aus eigenem Recht befugt ist; wenn sie, wie später zu zeigen ist, zwar ein prozeßrechtliches Recht auf Weiterverfolgung des Einspruchs hat, so ändert das nichts an der Rechtslage, daß das materielle Einspruchsrecht dem AN allein zusteht; er behält auch das Verfügungsrecht über sein Einspruchsrecht während des von der Betriebsvertretung geführten Prozesses.

Da es sich bei dem Einspruchsrecht um ein Recht aus dem Arbeitsverhältnis handelt, ist es seiner rechtlichen Natur nach, wie auch die übrigen Rechte des AN aus dem Arbeitsverhältnis, höchst persönlich, also weder abtretbar noch vererblich (vgl. Königsberger, NZfA 24 Sp. 349); auch ist ein Verzicht nur insoweit möglich, als das materielle Einspruchsrecht schon entstanden ist, daher nur nach dem Entlassungsausspruch, nicht dagegen schon von vornherein, etwa schon bei der Einstellung im Einzelarbeitsvertrag oder Tarifvertrag. Ein hiernach zulässiger Verzicht kann jederzeit erfolgen nach dem oben Gesagten, auch wenn der Anruf des Arbeitsgerichts vom Gruppenrat schon erfolgt ist; dem von letzteren geführten Verfahren wird damit der materielle Rechtsboden entzogen.

Das materielle Einspruchsrecht entsteht im Zeitpunkt des Kündigungsausspruches, also nicht erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Durch das Einspruchsrecht wird, wie schon betont, die zivilrechtliche Wirksamkeit der Kündigung nicht berührt; das Arbeitsverhältnis endet zum vertraglich bedungenen Zeitpunkt. (Vgl. § 86 II BRG.)

§ 10. Die Entschädigung nach § 87 BRG.

I. Allgemeines. Von der dem materiellen Einspruchsrecht des AN entsprechenden Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung kann sich indessen der AG gemäß § 87 befreien. Mittels Einräumung einer facultas alternativa (nicht einer Wahlschuld)[5]), ist dem AG die Möglichkeit gegeben, die Weiterbeschäftigung des entlassenen AN gegen Bezahlung einer Entschädigung abzulehnen. Der Gesetzgeber ging hier von der richtigen Erwägung aus, daß nicht unter allen Umständen ein im Weiterbeschäftigungszwang bestehender Entlassungsschutz dem wirklichen Interesse des betroffenen Arbeitnehmers Rechnung tragen kann, da häufig ein weiteres Zusammenarbeiten mit dem Arbeitgeber unmöglich ist und der Arbeitnehmer bei einem Weiterbeschäftigungszwang des Arbeitgebers schließlich selbst zur Kündigung greifen muß, um dem unerträglichen Zustande ein Ende zu machen.

Einen Anspruch auf die Entschädigung hat jedoch der AN nicht; der Inhalt des materiellen Einspruchsrechts ist mit dem Anspruch auf die Weiterbeschäftigung erschöpft. Es ist in das Ermessen des AG gestellt, ob er die Entschädigungsforderung des AN zur Entstehung bringen will oder nicht. Sie entsteht überhaupt nur dann, wenn der AG ausdrücklich oder stillschweigend die Weiterbeschäftigung ablehnt und dadurch die Zahlung der Entschädigung wählt. Erst in diesem Zeitpunkt erlischt der Anspruch des AN auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses; an seine Stelle tritt dann der Anspruch auf die Entschädigung.

[5]) Ebenso Kaskel S. 168, Proebsting NZfA 1924 S. 429 ff., Marx NZfA 1928 Sp. 285 ff.; a. M. Dersch § 87 Anm. 4 d, nachdem der AG sowohl Weiterbeschäftigung als auch Entlassungsentschädigung schuldet, doch nur so, daß von beiden Leistungen nur eine nach seiner Wahl zu bewirken ist, daß es sich also hier um eine Wahlschuld handelt; a. M wieder Flatow S. 220, Oertmann S. 240, nach denen der AG nur die Entschädigung schuldet, aber eine Lösungsbefugnis (facultas alternativa) zur Weiterbeschäftigung hat.

Für die Wahl des AG hat der Gesetzgeber eine Ausschlußfrist im § 87 II festgesetzt. Innerhalb dreier Tage nach der Zustellung des das Einspruchsrecht bejahenden Urteils des Arbeitsgerichts hat der AG dem AN mündlich oder durch Aufgabe zur Post zu erklären, ob er die Weiterbeschäftigung oder die Entschädigung wählt. Aus seinem Schweigen schließt das Gesetz auf die Wahl der Entschädigung.

Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Entschädigung eine eigenartige Auswirkung des alten Arbeitsvertrags (Flatow S. 384), kein Schadensersatz allgemein bürgerlich-rechtlicher Art, sondern eine Leistungspflicht mit eigenem sozialrechtlichem Charakter, ein Lösegeld, das die vom Gericht für gerechtfertigt gehaltene weitere Betriebsverbundenheit des klagenden AN abgelten soll. (Marx NZfA 28 Sp. 285.)

II. Höhe der Entschädigung: Die Höhe der Entschädigungssumme ist gemäß § 87 gesetzlich begrenzt. Ihrer Bemessung ist diejenige Zahl von Jahren zu Grunde zu legen, während deren das Beschäftigungsverhältnis, von seiner Beendigung an rückwärts gerechnet, bestanden hat, einschließlich der Lehrjahre. Ein etwaiger Eigentümerwechsel ist hier ebenso bedeutungslos, wie eine kurze oder längere Unterbrechung; dementsprechend werden getrennte Beschäftigungszeiten zusammengerechnet. Unter Berücksichtigung dieser Beschäftigungsdauer ist die Höhe der Entschädigungssumme nach freiem Ermessen vom Arbeitsgericht festzusetzen, das sich jedoch an den vom Gesetz festgesetzten Höchstbetrag zu halten hat. Der zulässige Höchstbetrag beläuft sich für jedes Jahr der Beschäftigung bis zu einem Zwölftel des letzten Jahresarbeitsverdienstes und darf im ganzen nicht über sechs Zwölftel hinausgehen. Im übrigen sind bei der Bemessung der Höhe vom Gerichte die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Parteien angemessen zu berücksichtigen.

Da die Entschädigung, wie oben dargelegt, als Gesamtausgleich der dem AN gegenüber dem AG aus der Entlassung erwachsenen Ansprüche gedacht ist, kann der AN weitergehende

Ansprüche aus seinem Dienstverhältnis (z. B. Ansprüche auf vereinbarte Abgangsgelder) nachträglich nicht geltend machen, es sei denn, daß er auf sein Einspruchsrecht Verzicht leistet (ebenso Feig-Sitzler S. 243, a. M. Flatow § 87 Anm. 4). Unberührt bleiben dagegen fällige und rückständige Lohnansprüche, so insbesondere Lohnforderungen für die Zeit bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. (Feig-Sitzler a. a. O.)

§ 11. Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung.

Der Gesetzgeber mußte auch eine Regelung für den Fall treffen, daß der entlassene AN *nach der Kündigung* trotz erhobenen Einspruchs *einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen* hat oder gar schon angetreten hat und der frühere AG sich für die Weiterbeschäftigung entscheidet. Denn der AN ist nun an den neuen Arbeitsvertrag gebunden, gegenüber dem neuen AG besteht kein gesetzliches Kündigungsrecht, da die dem AN günstige Entscheidung nicht als ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des neuen Arbeitsverhältnisses anerkannt werden kann. Um den AN aus der unmöglichen Lage zu befreien, nunmehr zwei Arbeitgebern zur Arbeitsleistung verpflichtet zu sein, hat der Gesetzgeber im § 89 BRG dem AN ein Verweigerungsrecht gegenüber dem früheren AG eingeräumt.

Voraussetzung für das *Recht auf Ablehnung der Weiterbeschäftigung* ist jedoch die rechtzeitige Abgabe einer schriftlichen oder mündlichen Erklärung des AN gegenüber dem AG, daß er die Weiterbeschäftigung ablehne. Die Erklärung hat unverzüglich nach Empfang der Erklärung des AG gemäß § 89 Satz II, d. h. ohne schuldhaftes Verzögern, spätestens aber drei Tage danach gegenüber dem AG mündlich oder durch Aufgabe zur Post zu erfolgen. Bei der Berechnung der dreitägigen Frist gelten die §§ 187 ff. BGB; bei unverschuldeter Fristversäumnis ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ge-

mäß § 90 BRG zulässig. Erklärt sich der AN innerhalb dieser Ausschlußfrist nicht, so erlischt hier das Recht der Verweigerung; der alte Vertrag besteht weiter.

Hat jedoch der AN rechtzeitig von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch gemacht, so hat ihm der AG Lohn oder Gehalt nur für die Zeit zwischen der tatsächlichen Entlassung und dem Tage der Urteilsfällung unter Anrechnung des anderweit verdienten (§ 88 BRG) zu gewähren (§ 89). Diese Vergütung ist jedoch nicht mit der Entschädigung gemäß § 87 zu verwechseln.

b) Das formelle Einspruchsrecht.

Das formelle Einspruchsrecht ist das Recht auf eine der materiellen Rechtslage entsprechende Entscheidung. (Kaskel S. 168.) Es ist also ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf die Verfolgung und Entscheidung des materiellen Einspruchsrechtes und richtet sich gegen den Betriebsrat und das Arbeitsgericht als die vom Gesetze zur Entscheidung des Einspruchs berufenen Stellen. Es entspricht dem Rechtsschutzanspruch in einem sonstigen Prozeß.

Nach der Zweiteilung des Einspruchsverfahrens in ein Vor- und ein Hauptverfahren (s. unten c) zerfällt das formelle Einspruchsrecht in das Recht auf Einlegung des Einspruchs vor dem Betriebsrat und in das Recht auf Weiterverfolgung des Einspruchs vor dem Arbeitsgericht. Während das Recht auf Einlegung des Einspruchs einzig und allein dem entlassenen AN zusteht, ist zur Weiterverfolgung des Einspruchs vor das Arbeitsgericht auch der Betriebsrat berechtigt.

§ 12. Die Voraussetzungen des formellen Einspruchsrechts.

Auch die Voraussetzungen des formellen Einspruchsrechts sind verschieden für das Recht der Einlegung des Einspruchs und das Weiterverfolgungsrecht.

I. Voraussetzungen des Rechts der Einlegung des Einspruchs.

Die einzige Voraussetzung ist hier im § 84 Abs. I BRG enthalten und besteht in der Wahrung einer Einlegungsfrist von fünf Tagen nach der Kündigung; d. h. der AN. hat den Einspruch gegen seine Entlassung innerhalb 5 Tagen nach dem Tage der Zustellung der Kündigung einzulegen; dabei sind für die Berechnung der fünftägigen Frist die §§ 187 ff. BGB entsprechend anzuwenden. Gemäß § 90 BRG in Verbindung mit der Verordnung vom 5. 6. 1920 ist gegen unverschuldetes Versäumen dieser sog. Einspruchsfrist, die eine Ausschlußfrist ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig.

II. Voraussetzungen des Weiterverfolgungsrechts.

1. Neben der Innehaltung weiterer Fristen (2) ist zur Einleitung des Hauptverfahrens vor dem Arbeitsgericht ein dem AN günstiger Erfolg des Vorverfahrens Voraussetzung. Der Betriebsrat muß den Einspruch für begründet erklärt haben. (§ 86 BRG.) Kommt dagegen der Gruppenrat zu dem Ergebnis, daß der Einspruch nicht begründet ist, so ist damit der Einspruch endgültig erledigt, der betroffene AN kann nicht von sich aus unmittelbar das Arbeitsgericht anrufen und das Hauptverfahren anhängig machen. (Vgl. Feig-Sitzler S. 238.)

2. a) Die Fristen, deren Beachtung eine unverzichtbare Voraussetzung für die Zulässigkeit des Hauptverfahrens ist, sind einerseits eine sog. Verhandlungsfrist von einer Woche zur Herbeiführung eines Verständigungsversuches mit dem AG (s. unten) und ferner eine sog. Klageerhebungsfrist von 5 Tagen zur Anrufung des Arbeitsgerichts. (§ 86 Abs. 1 BRG.)

b) Über die Frage, in welcher Weise letztere Fristen, insbesondere mit der oben erwähnten Einspruchsfrist des § 84 I BRG aneinander zu reihen sind, herrschen in Rechtsprechung und

Schrifttum umfangreiche Meinungsverschiedenheiten. Die in der Literatur als herrschend anzusehende Meinung (Dersch, Flatow u. a.) vertritt den Standpunkt, daß sich die Verhandlungsfrist von einer Woche nicht unmittelbar an die Einspruchsfrist des § 84 I BRG anschließe, sondern erst mit dem Tage der Entscheidung der Betriebsvertretung über die Begründetheit des Einspruchs oder sogar erst von dem nach dieser Entscheidung liegenden Tage der ersten Verständigungsverhandlung der Betriebsvertretung mit dem AG zu laufen beginne. Die Rechtfertigung für die sich danach zwischen der ersten und zweiten Frist einschaltende „Prüfungsfrist" suchen ihre Anhänger mit dem Hinweis darauf zu bringen, daß es im Regelfall der Betriebsvertretung unmöglich gemacht würde, die Verständigungsmöglichkeiten zu erschöpfen, wollte man die Verhandlungsfrist unmittelbar an die Einspruchsfrist angliedern. Überdies würde diese Auffassung allein dem Wortlaut und Zwecke des § 86 gerecht, der klar und eindeutig vorschreibt, daß die BV erst nach ihrer Stellungnahme zum Einspruch die Verständigungsverhandlung vorzunehmen hat.

Dieser Auffassung aber tritt mit Recht das Reichsgericht (E. v. 16. 2. 23 RABl. 23 S. 314) mit dem Hinweis entgegen, daß eine schleunigste Erledigung des Rechtsstreits im dringendsten Interesse der Beteiligten liegt, überdies die Setzung einer bestimmten Frist mit ungewiß gelassenem Anfangspunkt ein ungewöhnliches und für die Durchführung des sozialen Werkes gefährliches Mißgebilde wäre. Entgegen der h. M. bleibt auch zu betonen, daß aus dem Wortlaut des § 86 BRG nicht eine Berechtigung für das Einschalten einer neuen sich zwischen der ersten und zweiten einschaltenden Prüfungsfrist erbracht werden kann. Nach der reichsgerichtlichen Auffassung haben sich die drei Fristen unmittelbar aneinander zu reihen und zwar mit der Maßgabe, daß die Verhandlungsfrist von einer Woche bereits vom Tage nach der tatsächlichen Einlegung des Einspruchs bei der Betriebsvertretung zu laufen beginnt.

M. a. W.: Die Dauer der drei Fristen von 17 Tagen verringert sich jeweils um soviel Tage, als die Betriebsvertretung früher als am fünften Tage nach dem Kündigungsausspruch mit dem Einspruch befaßt wird. Demnach wird die erste Frist (Einspruchsfrist) u. U. verkürzt, nie aber auch die zweite Frist, deren Ablauf unter allen Umständen gewahrt bleibt, und zwar auch dann, wenn die Verständigungsverhandlungen mit dem AG schon vor dem vollständigen Ablauf dieser Wochenfrist scheitern sollten. (Vgl. Kriebel NZfA 1928 S. 415 und Aschaffenburg a. a. O. 1928 S. 754 ff.)

c) Das Einspruchsverfahren.

Das materielle Einspruchsrecht ist in einem besonderen Verfahren gemäß §§ 86 ff. BRG (Einspruchsverfahren) zu verfolgen, das in ein Vorverfahren vor dem Betriebsrat und in ein Hauptverfahren vor dem Arbeitsgericht zerfällt. Gegenstand des Einspruchsverfahrens ist nur die Entscheidung über ein Bestehen oder Nichtbestehen des materiellen Einspruchsrechts, nicht dagegen die Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung. Diese wird, wie wir oben gesehen haben, durch die Einlegung des Einspruchs nicht berührt, sondern bleibt wirksam. Die unberechtigte Entlassung erzeugt lediglich jenes materielle Einspruchsrecht; und nur über dieses, nicht aber über die Wirksamkeit der Kündigung, wird daher auf Grund der Ausübung des formellen Einspruchsrechts im Einspruchsverfahren entschieden. (Vgl. Kaskel S. 169.)

§ 13. Das Vorverfahren vor dem Betriebsrat.

I. Allgemeines.

Das Vorverfahren vor dem Betriebsrat zerfällt in die Einlegung des Einspruchs und in die Verhandlung über den Einspruch; letztere teilt sich wieder in zwei Abschnitte, die Prüfung des Einspruchs durch den

Betriebsrat und die Verständigungsverhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber.

Die ungewöhnliche Übertragung richterlicher Geschäfte auf eine private Stelle, wie sie die Einsetzung des Betriebsrats als Vorinstanz in dem Einspruchsverfahren enthält, erklärt sich aus dem weiteren Zweck, der mit der Einführung des Einspruchs vom Gesetzgeber beabsichtigt ist. Dieser Arbeitnehmer-Rechtsbehelf bezweckt nicht nur den Schutz der einzelnen AN gegen unverdiente Entlassung, sondern will zugleich der gesetzlichen Betriebsvertretung ein Mitbestimmungsrecht auf dem Gebiet der Personalentlassungen verschaffen. Daraus ergibt sich aber, daß das Vorverfahren vor dem Betriebsrat eine unverzichtbare Voraussetzung für den eigentlichen Einspruchsprozeß vor dem Arbeitsgericht (Hauptverfahren) ist, ebenso wie die in allen Teilen ordnungsgemäße Durchführung dieses Vorverfahrens.

Soweit der Betriebsrat bezw. Gruppenrat nach dem folgenden in richtender Tätigkeit auftritt, besteht selbstverständlich für ihn zunächst intern die Pflicht zur Beobachtung der Geschäftsführungs-Bestimmungen für den Betriebsrat als Ganzes, sowie insbesondere für den Vorsitzenden, wenn sie sich nicht den öffentlich-rechtlichen (§§ 39, 41) und u. U. auch den privatrechtlichen auf Schadenersatz gerichteten Folgen einer unsachgemäßen Behandlung des Einspruchs aussetzen wollen. (Flatow S. 26.) Die Beachtung der Geschäftsführungs-Vorschriften der §§ 29 ff. BRG durch den Betriebsrat ist aber auch um deswillen geboten, weil das Gericht eine Nachprüfung der Einhaltung der wesentlichen Formvorschriften vornehmen kann und Verstöße gegen Mußvorschriften die Nichtigkeit der betreffenden Beschlüsse und damit den Prozeßverlust zur Folge haben können. Allerdings wird es sich bei den §§ 29 ff. in der Regel nur um Ordnungsvorschriften handeln, deren Nichteinhaltung der Nachprüfung des Arbeitsgerichts entzogen ist und deshalb auch nicht zum Prozeßverlust

führt. Was die Rechtswirksamkeit der im Einspruchsverfahren vorkommenden Beschlüsse des Betriebsrats betrifft, so ist hier unerläßliche Voraussetzung, daß die Beschlüsse in einer wirklichen Betriebsratssitzung zustande gekommen sind, in der die Teilnehmer das Bewußtsein haben, in ihrer amtlichen Eigenschaft als Betriebsratsmitglieder tätig zu werden, abzustimmen und zu beschließen. (Vgl. RG 110, 142.)

II. Einlegung des Einspruchs.

1. Der Einspruch ist einzulegen beim Gruppenrat, also je nachdem der Entlassene Arbeiter oder Angestellter ist, beim Arbeiter- oder Angestelltenrat. Diese sind auch für das weitere Verfahren (Prüfung des Einspruchs, Verständigungsverhandlungen und Anrufung des Arbeitsgerichts) zuständig. (§ 86 BRG.) Der Betriebsrat tritt an die Stelle des Gruppenrats in Betrieben, in denen ein solcher nicht besteht. (§ 78 BRG.) Mangels Bestehens eines Betriebsrats im Falle des § 62 BRG ist die danach bestehende Sondervertretung die zuständige Stelle.

2. Die Einlegung des Einspruchs kann nur durch den Arbeitnehmer erfolgen und steht in dessen freiem Ermessen. Selbstverständlich kann er nach allgemein rechtlichen Gesichtspunkten einen Dritten, etwa seine Gewerkschaft bezw. deren Vertreter zur Einlegung des Einspruchs formlos ermächtigen. (Vgl. Feig-Sitzler S. 228.) Über die Form des Einspruchs enthält das Gesetz keine Vorschriften, sodaß die Einlegung des Einspruchs formlos, z. B. mündlich vorgenommen werden kann; allerdings muß aus der Erklärung des AN klar hervorgehen, daß er mit ihr die Einlegung des Einspruchs beabsichtigt. Gemäß § 86 BRG sind bei der Anrufung des Gruppenrats die Gründe und Beweismittel anzugeben; durch diese Vorschrift ist es dem AN jedoch nicht unmöglich gemacht, neue Gründe und Tatsachen und Beweismittel im Verlauf des an-

hängigen Verfahrens, also nach Einspruchseinlegung geltend zu machen. Der gleiche Grundsatz muß auch für ein späteres Verteidigungs-Vorbringen des AGs gelten.

III. Verhandlung über den Einspruch.

1. Prüfung. Der Gruppenrat hat nunmehr eine Prüfung des Einspruchs auf seine Begründetheit vorzunehmen. Die Prüfung hat sich sowohl auf die materiellen (s. § 8 oben) wie auch auf die formellen (s. § 12 oben) Voraussetzungen zu erstrecken. Der Gruppenrat ist zur Vornahme der Prüfung unter allen Umständen verpflichtet, also auch dann, wenn er etwa dem AG seine Zustimmung zur Entlassung bereits vor derselben erteilt hat (vgl. OLG Frankfurt v. 19. 12. 21, NZfA 1922 Sp. 578, Kaskel S. 171).

Kommt der Gruppenrat zu der Überzeugung, daß die Voraussetzungen für den Einspruch nicht gegeben sind, so hat er den Einspruch bei Fehlen der materiellen Voraussetzungen als unbegründet abzuweisen bezw. bei Fehlen der formellen Voraussetzungen als unzulässig zu verwerfen. Damit ist das Einspruchsverfahren endgültig erledigt, dem entlassenen AN steht nicht das Recht zu, von sich aus noch das Arbeitsgericht zur Nachprüfung anzurufen.

2. Verständigungsverhandlungen. Erachtet der Gruppenrat dagegen die Anrufung für begründet, d. h. liegen nach seiner Überzeugung die materiellen wie formellen Voraussetzungen für den Einspruch vor, so hat er Verhandlungen mit dem AG zum Zwecke der Verständigung, d. h. der gütlichen Beilegung des Streites in die Wege zu leiten. Hiezu ist der AG unter Mitteilung der Tagesordnung (§ 29 III BRG) zu einer Sitzung des Gruppenrats rechtzeitig zu laden (vgl. Kaskel S. 171). Da in der Verhandlung der Gruppenrat auf eine Verständigung zwischen dem AG und dem Entlassenen hinzuwirken hat, wird er zweckmäßig auch den AN zu den Ver-

handlungen laden, obwohl eine ausdrückliche Verpflichtung hiezu nicht besteht. Über diese Verhandlung ist gemäß § 33 BRG („über jede Verhandlung") eine Niederschrift zu führen.

a) Zustandekommen einer Verständigung. Eine Verständigung zwischen Gruppenrat und AG — nur um diese handelt es sich im § 86 BRG, denn das Wort Verständigung bezieht sich hier nicht, wie z. B. Flatow § 86 Anm. 5 meint, auf das Verhältnis des Entlassenen zum AG — kann erfolgen, indem entweder der AG die Einspruchsgründe billigt und die Kündigung zurückzieht oder der AN zur Zurücknahme seines Einspruchs bewogen wird. In beiden Fällen erübrigt und erledigt sich damit das weitere Verfahren von selbst, ohne daß es eines besonderen Einstellungsbeschlusses des Gruppenrats bedarf.

Eine Verständigung zwischen Gruppenrat und AG ist aber auch denkbar, obwohl eine Einigung zwischen AG und AN nicht gelingt. Der Gruppenrat kann sich nämlich im Laufe der Verständigungsverhandlungen von der Begründetheit der Entlassung überzeugen, sich also der Auffassung des AG anschließen und nunmehr den Einspruch gegen die Kündigung nicht mehr für begründet oder zulässig halten. Hier hat er einen entsprechenden ordnungsgemäßen Beschluß zu fassen und in das Protokoll aufzunehmen. Eine Anrufung des Arbeitsgerichts durch den Entlassenen selbst kommt nunmehr ebensowenig in Betracht, wie bei sofortiger Zurückweisung des Einspruchs durch den Gruppenrat. Denn die Anrufung des Arbeitsgerichts hat zur Voraussetzung, daß eine Verständigung zwischen AG und Gruppenrat nicht erfolgt ist (vgl. Feig-Sitzler S. 239, Kaskel S. 171, Dersch § 86 Anm. 4b. a. M. Flatow § 86 Anm. 5).

b) Scheitern der Verständigung. Die Verständigung zwischen Gruppenrat und AG kann mißlingen, wenn eine Einigung zwischen AG und AN nicht zustande kommt und der Gruppenrat nach wie vor den Einspruch des Entlassenen für

begründet hält oder wenn der AG trotz rechtzeitiger Ladung weder selbst erscheint noch einen Vertreter schickt oder der AG auf andere Weise deutlich zu erkennen gibt, daß er jede Verständigungsverhandlung ablehnt. Der Gruppenrat hat nunmehr ebenfalls einen entsprechenden, ordnungsmäßigen Beschluß zu fassen, durch den er den Einspruch für begründet erklärt. (Vgl. Kaskel a. a. O.) Damit aber ist die nötige formelle Voraussetzung für die Anrufung des Arbeitsgerichts geschaffen, der Weg für das Hauptverfahren frei. (Vgl. RGE vom 30. 1. 23 NZfA 1923 Sp. 460.)

§ 14. Das Hauptverfahren vor dem Arbeitsgericht.

Das Hauptverfahren vor dem Arbeitsgericht zerfällt in Anrufung, Verhandlung und Entscheidung.

I. Die Anrufung des Arbeitsgerichts.

Die Anrufung des Arbeitsgerichts, das gemäß § 2 I⁴ AGG für das Einspruchsverfahren zuständig ist, erfolgt durch Klagerhebung.

1. Die Alternative der Klagberechtigung.

Zur Klagerhebung sind Arbeitnehmer und Gruppenrat selbständig und unabhängig von einander berechtigt; der Gruppenrat ist zur Klagerhebung nicht verpflichtet, sondern nach freiem Ermessen berechtigt. Diese Klagberechtigung von AN und Gruppenrat besteht aber keineswegs koordiniert für beide, sondern nur wahlweise nebeneinander; denn § 86 BRG sagt ausdrücklich, daß „der Arbeiter- oder Angestelltenrat oder der betroffene AN" die Kündigungseinspruchsklage erheben kann.

Aus dieser alternativen Möglichkeit der Klagerhebung ergeben sich, je nachdem der Gruppenrat oder der AN selbst die Klage erhebt, verschiedene prozeßrechtliche Folgerungen.

a) Die Einspruchsklage des Arbeitnehmers.

Ist die Einspruchsklage vom AN rechtzeitig erhoben, bevor die Betriebsvertretung von der Klagerhebung ihrerseits innerhalb der Klagefrist Gebrauch gemacht hat, so ist der AN prozessual der Herr des ganzen Einspruchsverfahrens durch alle Instanzen. Durch seine Initiative wird ein gleichzeitiges Eingreifen des Betriebsrats ausgeschlossen; er ist alleinige Prozeßpartei, der überdies auf Grund seines materiellen Einspruchsrechts das Einspruchsverfahren durch Vergleich oder Klagrücknahme wirksam beenden kann. Wird er mit seiner Klage zurückgewiesen, so kann nach der positiven Vorschrift des § 71 AGG nur er, nicht auch der Gruppenrat die Berufung einlegen.

b) Die Einspruchsklage des Gruppenrats.

Infolge Erhebung der Einspruchsklage durch den Gruppenrat wird nach der oben erörterten Alternative der AN prozessual als Partei, wenigstens im ersten Rechtszug vollkommen ausgeschaltet. Er kann seinerseits nicht auch die Einspruchsklage erheben, ihm fehlt nun die Sachlegitimation. Deshalb kann er auch nicht nachträglich etwa als Streitgenosse der Klage sich anschließen oder als Nebenintervenient des klagenden Gruppenrats auftreten, da er sonst die positive Vorschrift des § 86 BRG umgehen würde. (Vgl. Dersch und Volkmar in NZfA 1927 S. 427 ff.) Ebensowenig kann natürlich umgekehrt auch der Gruppenrat nachträglich, wenn der AN selbst die Einspruchsklage erhoben hat, dem Verfahren als Streitgenosse oder Nebenintervenient des AN beitreten.

Während aber durch die Klagerhebung des AN das Klagerecht des Gruppenrats endgültig erlischt, der AN prozessual der Herr des Einspruchsverfahrens durch alle Instanzen ist, kann umgekehrt das Klagerecht des AN trotz der Initiative des Gruppenrats, wenn auch nur für die zweite Instanz wieder ausgeübt werden. Dies tritt dann ein, wenn der Gruppenrat zwar die Klage in der ersten Instanz durchgeführt hat, aber nach Klag-

abweisung von einer Weiterverfolgung der Sache absieht. Der AN kann dann von sich aus Berufung einlegen (argumentum e contrario aus § 71 AGG), wird damit selbst wieder die Partei des Einspruchsverfahrens und bringt das Klagrecht des Gruppenrats zum Erlöschen. (Bestritten! Ebenso Dersch-Volkmar a. a. O. a. M. Flatow RABl. 1925 S. 758, Fraenkel § 14 und Schminke-Sell. Anm. 3 zu § 71 AGG.) Nach der hier vertretenen Ansicht kann ein endgültiges Erlöschen des Klagrechts des einzelnen Arbeitnehmers durch die Klage des Gruppenrats nicht eintreten; vielmehr bewirkt letztere nur ein Ruhen des Klagrechts des Arbeitnehmers, d. h. die rechtliche Unmöglichkeit, das an und für sich fortbestehende Klagrecht während des Einspruchsprozesses des Gruppenrats auszuüben. Dies ergibt sich aus der Erwägung, daß das formelle Einspruchsrecht des Arbeitnehmers als der Ausfluß des nur ihm allein zustehenden materiellen Einspruchsrechts notwendiger Bestandteil des letzteren ist und nur mit dessen Fortfall erlöschen kann. Da das materielle Einspruchsrecht des Arbeitnehmers durch die Einspruchsklage des Gruppenrats unberührt bleibt, muß ein gleiches auch hinsichtlich des Fortlebens des formellen Einspruchsrechts gelten.

Hervorzuheben ist noch, daß durch die Klagerhebung des Gruppenrats der AN in seinem materiellen Einspruchsrecht, das überhaupt nur ihm zusteht, ungeschmälert bleibt; er kann also auch während des vom Gruppenrat betriebenen Prozesses wirksam auf sein materielles Einspruchsrecht verzichten und dadurch dem Prozeß der Betriebsvertretung die materielle Rechtsgrundlage entziehen. Prozeßrechtliche Folge wäre dann, daß sich der Streitpunkt nachträglich in der Hauptsache erledigt hätte; immerhin wäre auch dann über die Kostenfrage zu entscheiden. Zu ihrer Erledigung bedarf es aber der Feststellung, wer der unterliegende Teil gewesen wäre, sodaß auch auf diese Art das Arbeitsgericht nicht einer Entscheidung darüber, ob der Einspruch gerechtfertigt war, wenigstens als Vorfrage enthoben wäre. (Vgl. Dersch a. a. O.; bestritten, a. M. Flatow.)

2. Die Einspruchsklage.

Die Einspruchsklage hat den auch für das Einspruchsverfahren maßgebenden Bestimmungen der ZPO zu entsprechen (§§ 46 AGG, 253 ZPO); sie hat die bestimmte Bezeichnung der beiden Parteien und die des Gerichts zu enthalten, ferner einen bestimmten Klagantrag und den Klaggrund.

a) Die Bezeichnung der beiden Parteien. Partei ist entweder der die Klage persönlich durchführende Entlassene oder die Arbeitnehmerschaft, vertreten durch den Gruppenrat. Der die Klage einreichende Schriftsatz — die Klage kann aber auch mündlich erhoben werden — hat daher die genaue Angabe der Belegschaft zu enthalten; doch schadet die irrtümliche Bezeichnung des den Prozeß nur als Vertreter führenden Gruppenrats als Partei keineswegs, wie unten noch ausgeführt wird. Wichtig ist die richtige Bezeichung des beklagten AG; Vorsicht ist hier umsomehr geboten, als eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Fristversäumnis nur in besonderen Ausnahmefällen möglich ist, also im Zweifel das Klagrecht gegen den richtigen AG erloschen sein kann, wenn der Irrtum vor Fristablauf nicht entdeckt wird.

b) Klagantrag. Die Klage muß einen bestimmten Antrag enthalten; vor allem muß der Antrag erkennen lassen, welche Art der richterlichen Handlung — Verurteilung oder Feststellung — verlangt wird. Der Verurteilungsantrag wird wohl in der Regel auf Wiedereinstellung oder Zahlung der Entschädigung gestellt werden. Doch braucht die Klage nach dem oben dargelegten Charakter der Entschädigung nur den Antrag auf Weiterbeschäftigung zu enthalten; das Gericht muß nach § 87 BRG in jedem Fall von Amtswegen für den Fall der Weigerung der Weiterbeschäftigung eine Entschädigung festsetzen.

c) Klaggrund. Die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Einspruchsrechts ist dann erfolgt, wenn alle die Tatsachen angeführt werden, die nach der Ansicht des Klägers geeignet sind, seinen Antrag rechtlich zu begründen (Substanziierungs-

theorie); es genügt also bei der Einspruchsklage nicht die Bezugnahme etwa auf den rechtlichen Begriff der unbilligen Härte, aus dem der Entlassene seine Ansprüche herleitet, sondern es müssen alle Tatsachen angeführt werden, die zur Kündigung geführt haben und nach Ansicht des Klägers das materielle Einspruchsrecht begründen. Allerdings wird das Verbot der Klageänderung nach dem Zweck des ganzen Einspruchsverfahrens wie überhaupt des Einspruchsrechts als eines sozialen Rechtsbehelfes hier nicht so streng wie im sonstigen Prozeß zu nehmen sein, sodaß der Kläger im Laufe des Verfahrens in analoger Anwendung des § 264 ZPO seinen Einspruch z. B. auf einen anderen Einspruchsgrund als den in der Klage bezeichneten gründen kann; immerhin sollen die Klagtatsachen bereits in der Klage erschöpfend aufgezählt werden.

II. Die Verhandlung vor dem Arbeitsgericht.

Die Verhandlung des Einspruchsrechts vor dem Arbeitsgericht erfolgt im sog. Urteilsverfahren der §§ 46 ff. AGG, das im allgemeinen dem für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten vorgesehenen Zivilprozeß entspricht und für das grundsätzlich die Zivilprozeßordnung maßgebend ist, mit den aus dem AGG sich ergebenden Abweichungen. Im Folgenden soll nicht eine erschöpfende Darlegung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens erfolgen, sondern nur einige das Einspruchsrecht besonders berührende prozeßrechtliche Fragen, wie sie sich vor allem aus der Alternative der Klagberechtigung ergeben, erörtert werden.

1. Die Parteien im Einspruchsprozeß.

a) Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Nach materiellem Recht kommen für den Einspruchsprozeß zwei Gruppen von Personen in Frage, die ein ihnen angeblich zustehendes Einspruchsrecht vor dem Arbeitsgericht als Kläger geltend machen können oder denen gegenüber als Beklagten ein

Einspruchsrecht geltend gemacht werden kann; das sind die Arbeitnehmer auf der einen Seite und die Arbeitgeber auf der anderen Seite. Für beide ist die Rechtslage bezüglich des formellen Verfahrensrechts, insbesondere hinsichtlich ihrer Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit einfach, sie entspricht im Einspruchsverfahren in vollem Umfang den Grundsätzen, die für den Prozeß vor den ordentlichen Gerichten gelten.

Einer Hervorhebung bedarf nur bezüglich der Prozeßfähigkeit des AN, d. h. der Fähigkeit, prozessuale Handlungen mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen und entgegenzunehmen, die praktische Bedeutung des § 113 BGB für das Entlassungsverfahren, der die Erweiterung der allgemeinen Geschäftsfähigkeit für minderjährige AN vorsieht und damit zugleich sich in einer erweiterten Prozeßfähigkeit auswirkt. Im Rahmen des § 113 BGB ist daher der Minderjährige in der Lage, selbständig und ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters Prozeßhandlungen vorzunehmen, also vor allem die Einspruchsklage zu erheben und zu betreiben.

b) Die Arbeitnehmerschaft (Belegschaft).

aa) Allgemeines. Nach der oben erörterten Alternative steht das prozessuale Verfolgungsrecht des Einspruchs (formelles Einspruchsrecht) nicht nur dem AN, sondern auch dem Gruppenrat bezw. Betriebsrat zu; dabei entsteht die Frage, wer in dem vom Gruppenrat eingeleiteten Einspruchsprozeß die Partei ist.

Daß in diesem Falle der AN nicht selbst Partei sein kann, dürfte nach dem oben Gesagten unzweifelhaft sein, da das Gesetz deutlich zwei durchaus selbständige Klagrechte nebeneinander aufstellt. Überdies findet die Annahme, daß hier der AN nicht Partei ist, ihre Bestätigung auch durch den gesetzgeberischen Grundgedanken, daß im Einspruchsverfahren die Betriebsvertretung nicht als Vertreterin des durch die Entlassung betroffenen AN, sondern als Wahrnehmerin der Interessen der gesamten Belegschaften auftritt.

Partei ist aber auch nicht die Betriebsvertretung, sondern die Belegschaft, d. i. die Arbeiterschaft oder Angestelltenschaft, der der entlassene AN angehört. Dies ergibt sich aus § 10 AGG in Verbindung mit § 86 BRG; § 10 AGG spricht ausdrücklich unter Hinweis auf § 2 Nr. 4 AGG, also auf die Einspruchsklage, der Belegschaft die Parteirolle zu. Wollte man aber, etwa wie Flatow, S. 378, unter Hinweis auf den Wortlaut der §§ 86, 63, 71 AGG, die von einer Klagerhebung durch die Betriebsvertretung sprechen, den klagenden Gruppenrat als die Partei (kraft Amtes) ansehen, so wäre m. E. die Vorschrift des § 10 AGG nicht nur überflüssig, sondern widersinnig. Dagegen steht der hier vertretenen und auch in der Literatur und Rechtsprechung als herrschend anzusehenden Meinung keineswegs der Wortlaut der angeführten §§, insbesondere der §§ 63 und 71 AGG entgegen, wenn sie von einer Klage der Betriebsvertretung sprechen. Darin ist nur eine ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzgebers zu erblicken — eine Auffassung, die überdies auch in der von Volkmar, NZfA S. 430 mitgeteilten amtlichen Begründung des AGG ihre Bestätigung findet. —

Dabei kann hier die Untersuchung der Frage dahingestellt bleiben, ob der Arbeitnehmerschaft für die Wahrnehmung ihrer Rechte aus dem BRG Rechtsfähigkeit, beschränkte (so Kaskel und Dersch) oder keine Rechtsfähigkeit zukommt. Es genügt hier die Feststellung, daß der Belegschaft die Parteifähigkeit zuerkannt ist. Will man aber die eigenartige Stellung der Belegschaft, die selbständig als Partei auftritt und dabei einen nicht ihr, sondern dem AN ausschließlich zustehenden materiell-rechtlichen Anspruch verfolgt, prozeßrechtlich definieren, so wird man ihr eine Parteistellung kraft Amtes zusprechen müssen (vgl. zu diesem Begriff Stein S. 111). Ihre Stellung gleicht etwa der des Konkursverwalters oder Zwangsverwalters; dort vertritt der Konkursverwalter neben dem Interesse des Gemeinschuldners das der Gläubiger, hier die Belegschaft nicht nur das privatrechtliche Interesse des AN auf Wiederbeschäftigung, sondern auch ihr

eigenes öffentlich-rechtliches Interesse an einer Mitbestimmung in den Betriebsangelegenheiten.

bb) Prozeßfähigkeit. Die Prozeßfähigkeit richtet sich auch hier nach den Grundsätzen, die für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten gelten. (§ 52 ZPO.) Die Belegschaften bedürfen mangels eigener Prozeßfähigkeit im Einspruchsverfahren der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter; ihre Vertretung im Prozeß erfolgt also durch die Betriebsvertretung, also je nachdem ob die gesamte Belegschaft oder nur eine Gruppe beteiligt ist bezw. je nachdem, welche Art von Betriebsvertretung besteht, durch den Betriebsrat, Angestellten- oder Arbeiterrat oder durch die Sondervertretung des § 62 BRG. Die Betriebsvertretung hat also die Klage für die klagende Belegschaft einzureichen.

Sie hat die Klage nach dem Dargelegten nicht im eigenen Namen, sondern unter Bezeichnung der Arbeiterschaft oder Angestelltenschaft oder Gesamtarbeitnehmerschaft als der hinter ihr stehenden Partei zu erheben. Von diesem Standpunkt kann man mit Lange NZfA 1928 S. 343 zu der Folgerung kommen, daß bei irrtümlicher Bezeichnung der Klagepartei (also etwa durch Fassung wie „Klage des Arbeiterrats") die Klage mangelhaft gestellt sei und zur Abweisung führen muß. Wie Dersch-Volkmar in NZfA 1927 S. 439 aber zutreffend ausführt, ist dieser Standpunkt zu formalistisch und wird den Bedürfnissen der Praxis nach einem möglichst formlosen Einspruchsverfahren nicht gerecht. Tatsächlich ist die Klage des Betriebsrats als solchen in der Praxis keinen Schwierigkeiten begegnet und überdies in § 62 AGG gesetzlich verankert.

cc) Prozessuale Folgerung. Aus der Stellung der Belegschaft als Partei kraft Amtes ergeben sich als wichtige prozessuale Folgerungen, daß einmal der betroffene AN selbst als Zeuge in dem vom Gruppenrat betriebenen Prozeß vernommen werden kann, daß ferner für den Fall einer

Auflösung der Betriebsvertretung während des Prozesses in analoger Anwendung des § 241 ZPO eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten kann, in der der beteiligte AN von sich aus nunmehr den Rechtsstreit aufnehmen und fortführen kann. (Vgl. Volkmar, NZfA 1927 S. 431.) Dies ergibt sich aus der in § 14 dargestellten Einwirkung der Klagerhebung durch den Gruppenrat auf das formelle Einspruchsrecht (Klagrecht) des AN; denn wenn durch die Klagerhebung des Gruppenrats ein Ruhen des Klagerechts des AN verursacht wird, so muß umgekehrt letzteres in dem Zeitpunkt wieder aufleben, in dem, wie im Falle der Unterbrechung die Klagbefugnis durch den Gruppenrat, richtiger die Belegschaft nicht mehr ausgenützt wird.

2. Prozeßvertretung im Einspruchsverfahren.

a) Verfahren vor dem Arbeitsgericht. Die Verhandlungsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit zu unmittelbarem (mündlichem oder schriftlichem) Verkehr mit dem Gericht haben die Parteien des Einspruchsverfahrens nur in der ersten Instanz vor den Arbeitsgerichten.

Sie können hier mündlich und schriftlich mit dem Gericht verhandeln, vor allem auch vor Gericht auftreten. Auch können sie sich hier von jeder prozeßfähigen Person als Prozeßbevollmächtigten vertreten lassen oder mit ihr als Beistand auftreten. Eine Ausnahme besteht im Interesse der Vermeidung von sozialen Ungleichheiten hinsichtlich der Rechtsanwälte und der Personen, die das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben; diese sind als Prozeßbevollmächtigte oder Beistände vor den Arbeitsgerichten ausgeschlossen. (§ 11 ArbGG.) Zugelassen sind jedoch auch hier die satzungsmäßigen Vertreter und zur Vertretung bevollmächtigten Angestellten und Mitglieder wirtschaftlicher Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, aber auch nur

unter der Voraussetzung, daß sie nicht nebenbei als Rechtsanwälte oder sog. Prozeßagenten tätig sind und daß sie nur in Prozessen ihrer Vereinigung bezw. deren Mitglieder als Prozeßvertreter auftreten. (§ 11 ArbGG.)

b) Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht. Vor den Landesarbeitsgerichten, also im Berufungseinspruchsverfahren besteht dagegen eine eigene Verhandlungsfähigkeit der Parteien nicht. Hier muß die Partei durch andere Personen, die die Verhandlungsfähigkeit vor den Landesarbeitsgerichten besitzen, als Prozeßbevollmächtigte sich vertreten lassen. Als solche kommen nur Rechtsanwälte und die sog. Verbandsvertreter (s. oben) in Frage. (§ 11 II ArbGG.)

Da nach dem Wortlaut des § 11 II ArbGG die Verhandlungsfähigkeit der Verbandsvertreter vor dem Landesarbeitsgericht ebenfalls von der Voraussetzung abhängt, daß ihre Vereinigung oder doch mindestens deren Mitglieder Partei sind, entsteht die Frage, ob eine Vertretung der klagenden Belegschaft durch Verbandsvertreter überhaupt möglich ist, deren Organisation nicht die Gesamtheit, sondern nur ein Teil der AN der betreffenden Belegschaft angehört. Die Frage dürfte trotz des Wortlautes des § 11 II zu bejahen sein; Zweck des § 11 ist lediglich, den Zusammenhang zwischen der Organisation des Verbandsvertreters und der von ihm vertretenen Partei zu wahren; dieser aber ist genügend gewahrt, wenn nur ein Teil der Arbeitnehmerschaft, und seien es auch nur Mitglieder der Betriebsvertretung, dieser Organisation angehören. (Vgl. Volkmar, NZfA 1927 S. 434; im Ergebnis ebenso Kaskel, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit § 28 Anm. 1, nach dessen Meinung aber die Zugehörigkeit des entlassenen AN zur Organisation entscheidet und nicht die der Mitglieder der Belegschaft oder Betriebsvertretung; a. M. Fraenkel Betriebsräte- und Arbeitsgerichtsgesetz S. 14, Lange, NZfA 1928 S. 350.)

3. Parteihandlungen im Einspruchsprozeß.

Eine kurze Erwähnung mögen hier auch noch die wichtigeren Parteihandlungen im Einspruchsprozeßverfahren erfahren, vor allem die prozeßrechtlichen Verfügungen über den Streitgegenstand, wie Anerkenntnis, Vergleich und Verzicht, auch hier wieder nur die Folgerungen, die sich für sie aus der Alternative der Klagberechtigung ergeben.

a) Verfügungen über den Streitgegenstand. Die Antwort auf die Frage, wer Parteihandlungen rechtswirksam im Einspruchsverfahren vor dem Arbeitsgericht vornehmen kann, ist bereits durch die Ausführungen über die Alternative der Klagberechtigung gegeben. Denn wenn oben gesagt wird, daß mit der rechtzeitigen Klagerhebung seitens des AN dieser alleinige Prozeßpartei geworden ist, der Gruppenrat dagegen ein prozessuales Klagrecht verloren hat, so ist klar, daß auch nur der klagende AN rechtswirksam Prozeßhandlungen und prozeßrechtliche Geschäfte vornehmen kann. Das Gleiche gilt umgekehrt für den Fall, daß der Gruppenrat die Initiative übernommen hat und seinerseits alleinige Prozeßpartei ist. Immer aber bleibt hier zu berücksichtigen, daß der AN trotz der Klage des Gruppenrats in seinem Verfügungsrecht über das materielle Einspruchsrecht unbeschränkt bleibt und durch materiell-rechtliche Verfügungen über den Einspruch außerhalb des Prozesses auf den Gang des letzteren, wenn auch nur mittelbar, einwirken kann.

b) Zurücknahme der Klage. Die gleiche Rechtslage gilt für die Klagzurücknahme; nur der klagende Teil auf der Arbeitnehmerseite, also entweder der AN oder die Belegschaft, kann seine Klage zurückziehen.

Erfolgt die Zurücknahme der Klage durch den Gruppenrat vor Ablauf der fünftägigen Klagefrist, so erhebt sich die Frage, ob nicht das durch die ursprüngliche Klagerhebung des Gruppenrats ruhende Klagrecht des Arbeitnehmers durch die Klagzurücknahme wieder ausgeübt werden kann. Hier ist zunächst zu be-

rücksichtigen, daß der Klagzurücknahme des Gruppenrats lediglich eine prozessuale Bedeutung zukommt und in ihr nie ein Verzicht auf das materielle Einspruchsrecht liegen kann, da ihm dieses gar nicht zusteht. Würdigt man schließlich die allgemeine prozessuale Bedeutung der Klagzurücknahme als einen Verzicht des Klägers auf die Entscheidung des anhängigen Prozesses unter Vorbehalt der Wiederholung, so wird man m. E. ohne Zwang zu dem Schluß kommen müssen, daß mit der Klagzurücknahme des Gruppenrats die frühere Rechtslage geschaffen wäre, als hätte die Belegschaft von ihrem Klagrecht noch keinen Gebrauch gemacht. Da nach der hier vertretenen Meinung die Klagerhebung des Gruppenrats lediglich ein Ruhen, nicht ein Erlöschen des Klagrechts des Entlassenen bewirkt, so kann nunmehr, falls die Klagfrist noch nicht verstrichen ist, der AR seinerseits die Klage erheben. Diese Folge dürfte auch dem sozialpolitischen Zweck des Entlassungsschutzes gerecht werden.

Dagegen kann bei Klagzurücknahme des Arbeitnehmers innerhalb der fünftägigen Klagefrist der Gruppenrat nicht mehr seinerseits von neuem die Klage erheben. Das Klagrecht des Gruppenrats ist durch die Klagerhebung des AR endgültig erloschen.

III. Die Entscheidung im Einspruchsprozeß.

Die Entscheidung erfolgt durch Urteil. Je nachdem die materiellen und formellen Voraussetzungen des Einspruchs gegeben sind oder nicht, erfolgt verurteilendes (bejahendes) Erkenntnis oder abweisendes Urteil.

1. Bejahendes Urteil. Überzeugt sich das Arbeitsgericht davon, daß die materiellen und formellen Voraussetzungen des Einspruchs erfüllt sind, dann hat es den Einspruch durch Urteil für gerechtfertigt zu erklären, also dem Klagantrag stattzugeben. In der Urteilsformel (Tenor) ist nach § 87 BRG nicht nur die Verurteilung des AG zur Weiterbeschäftigung auszusprechen, sondern auch die Verpflichtung zur Zahlung einer be-

stimmten Entschädigung für den Fall, daß der AG die Weiterbeschäftigung ablehnt. Entsprechend der dem AG vom Gesetze verliehenen facultas alternativa ist die Entschädigung auch dann von Amtswegen zu bestimmen, wenn der Klagantrag zulässigerweise nur auf Weiterbeschäftigung und nicht zugleich auch auf Bezahlung der Entschädigung gerichtet war.

2. *Abweisendes Urteil.* a) Wie im allgemeinen Zivilprozeß kann es auch hier im Einspruchsverfahren zu zwei verschiedenen Arten von abweisenden Urteilen kommen, der Prozeßabweisung und Sachabweisung. Kommt nämlich das Arbeitsgericht zur Überzeugung, daß die formellen Voraussetzungen für den Einspruch (vor allem Innehaltung der Formen des Vorverfahrens und der Fristen) nicht vorliegen, so hat es durch Urteil den Einspruch als unzulässig zu verwerfen (*Prozeßabweisung*).

Stellt sich dagegen im Verfahren heraus, daß zwar die formellen Voraussetzungen gegeben sind, dagegen die materiellen fehlen, so hat es den Einspruch durch Urteil als unbegründet zurückzuweisen (*Sachabweisung*).

b) Im Zusammenhang ist hier auch die Frage zu erörtern, ob im Einspruchsprozeß ein *teilweises Obsiegen und Unterliegen* des Klägers möglich ist. Dies muß verneint werden. Denn eine teilweise Klagabweisung setzt unbedingt voraus, daß das Gericht einen geltend gemachten Anspruch teilweise zurückweist. Nach der hier vertretenen Ansicht erschöpft sich aber das eingeklagte materielle Einspruchsrecht des AN in dem privatrechtlichen Anspruch auf Weiterbeschäftigung; dieser Anspruch ist unteilbar und kann daher auch nicht teilweise zu- und aberkannt werden. Das Gleiche muß auch in dem Fall gelten, wenn das Gericht auf Grund seines freien Ermessens die Entschädigung nicht in dem Ausmaß festsetzt, der in der Klage beantragt worden ist. Auch hier beruht die Folgerung, das Gericht müsse hinsichtlich des die zuerkannte Entschädigungssumme übersteigenden Betrages des Klagantrags die Klage abweisen, nur auf einer fal-

schen Auffassung über den Inhalt des materiellen Einspruchsrechts. Folgt man dagegen der hier vertretenen Ansicht, die Wahl der Entschädigung sei nur eine dem AG eingeräumte facultas alternativa, das Einspruchsrecht des AN aber erschöpfe sich in dem Anspruch auf Weiterbeschäftigung, dann hat der AN obgesiegt, wenn der AG zur Weiterbeschäftigung verurteilt wird; er hat auch dann obgesiegt, wenn die nach dem Ermessen des Gerichts festzusetzende Entschädigung die von ihm beantragte Höhe nicht erreicht. Seinem Entschädigungsantrag kommt also nur die Bedeutung eines Vorschlags zu. (Vgl. Marx, NZfA a. a. O.)

IV. Rechtsmittel im Einspruchsverfahren.

1. Allgemeines. Die Zulassung von Rechtsmitteln ist beschränkt; das Urteil des Arbeitsgerichts unterliegt nur der Berufung, nicht dagegen der Revision. (§§ 64, 72 ArbGG.)

Berechtigt zur Einlegung der Berufung ist grundsätzlich nur der Teil auf der Arbeitnehmerseite, der das Einspruchsverfahren in der ersten Instanz betrieben hat. Diese Folgerung ergibt sich im Falle, daß der AN die Klagpartei in der 1. Instanz war, für den Ausschluß der Betriebsvertretung von der Berufungsinstanz schon deshalb, weil ja durch die Initiative des AN das Klagerecht des Betriebsrats endgültig erloschen ist. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die positive Vorschrift des § 71 ArbGG.

Hat dagegen der Gruppenrat den Einspruchsprozeß in der 1. Instanz geführt und sieht er im Falle eines abweisenden Urteils von einer Rechtsmitteleinlegung ab, dann kann der entlassene Arbeitnehmer von sich aus gegen das Urteil Berufung einlegen und wird damit in der 2. Instanz des Einspruchsprozesses selbst Partei. Dies ergibt sich nicht nur durch argumentum e contrario aus § 71 ArbGG, sondern auch schon deshalb, weil das Klagrecht des AN, wie schon öfters betont, während des Einspruchsprozesses des Gruppenrats nur ruht und in demselben Augenblick ausgeübt werden kann, in dem der Gruppenrat keinen Gebrauch mehr davon macht, es sei denn, daß der

Gruppenrat eine prozessuale Verfügung über den Einspruch vorgenommen hat und damit prozeßrechtlich der Prozeß erledigt ist.

2. Sprungrevision? Wie schon oben dargelegt, unterliegen die Berufungsurteile im Einspruchsverfahren nicht der Revision, das Berufungsurteil ist vielmehr endgültig. Hier erhebt sich jedoch die Frage, ob nicht unter Übergehung des Berufungsverfahrens mittels Sprungrevision nach § 76 AGG die Urteile des Arbeitsgerichts im Einspruchsverfahren zur höchstrichterlichen Nachprüfung durch das Reichsarbeitsgericht gelangen können. Die Behandlung dieser Frage habe ich im bisherigen Schrifttum nur an einer einzigen Stelle — in NZfA 1927 S. 460 ff. — auffinden können, an der Prof. Dr. Richter die Frage bejaht. Richters Begründung für die Zulässigkeit der Sprungrevision im Einspruchsverfahren stützt sich auf den Hinweis, daß man im § 76 Abs. 1 eine vollkommen selbständige Beschreibung des Kreises der sprungrevisionsfähigen Urteile zu sehen hat und daß § 76 AGG inhaltlich unabhängig vom § 72 Abs. 1 zu denken ist.

Dieser Ansicht kann m. E. nicht beigetreten werden. Man wird vielmehr trotz aller Zweckmäßigkeitsgründe, die für Richters Ansicht sprechen, § 76 Abs. 1 inhaltlich doch vom § 72 Abs. 1 abhängig denken müssen; mit a. W. Sprungrevision ist nur zulässig gegen Urteile in Prozessen, in denen schon gemäß § 72 AGG die gewöhnliche Revision zulässig ist. Gegen die Urteile des Einspruchsverfahrens, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, kann daher auch nicht Sprungrevision eingelegt werden.

Gegen dieses Ergebnis spricht nicht, wie Richter meint, die Tatsache, daß § 76 keinerlei Bezugnahme auf den § 72 enthält; ein Vergleich mit der Sprungrevision der ZPO bestätigt die hier vertretene Ansicht; auch dort enthält § 566 a ZPO keinerlei Bezugnahme auf §§ 545 ff. und doch wird niemand behaupten wollen, daß beide Paragraphen voneinander unabhängig sind. Daß § 76 den Kreis der sprungrevisionsfähigen Urteile nicht vollkommen selbständig umschreiben will, ergibt sich im Hinblick auf

Satz 2 des § 72 Abs. 1 ArbGG zum mindesten nach der negativen Seite eindeutig; denn daß die Urteile, die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entscheiden, für die Sprungrevision ausscheiden müssen, obwohl § 76 dies nicht ausdrücklich ausspricht, wird niemand bestreiten wollen. Hieraus ergibt sich aber, daß trotz mangelnder Bezugnahme des § 76 auf § 72 der Gesetzgeber als selbstverständliche Voraussetzung der Sprungrevision die Forderung aufstellt, daß es sich nur um Urteile in Prozessen handeln kann, die bereits nach § 72 der allgemeinen Revision zugängig sind. Wenn überhaupt etwas für Richters Meinung spricht, so ist es die nach der hier vertretenen Ansicht allerdings überflüssige Floskel im § 76: „wenn der Wert des Streitgegenstands die Revisionsgrenze übersteigt". Allein dies genügt nicht zum Beweis, daß § 76 unabhängig vom § 72 sein soll; dagegen spricht mehr noch als der Vergleich mit der Sprungrevision nach der ZPO die Tatsache, daß der Gesetzgeber im § 72 die Urteile im Einspruchsverfahren ausdrücklich aus dem Kreis der revisiblen Urteile ausgeschlossen hat und diese Bestimmung, die nicht nur um der Beschleunigung des Verfahrens willen eingeführt ist, ihren Sinn verlieren müßte, würde man die Zulässigkeit der Sprungrevision für diese Urteile bejahen.

V. Zwangsvollstreckung.

§ 63 ArbGG bringt für die Zwangsvollstreckung im Einspruchsverfahren zwei wichtige Bestimmungen.

1. Er enthält zunächst die gesetzliche Regelung, inwieweit der Inhalt des Einspruchsurteils *Gegenstand einer Zwangsvollstreckung* sein kann. Bekanntlich lautet das Urteil auf Weiterbeschäftigung oder Zahlung einer Entschädigungssumme, unter denen der AG innerhalb einer Frist von drei Tagen wählen kann. Der AN erlangt den endgültigen Anspruch auf die Entschädigung, sobald entweder der AG diese gewählt oder sofern er von seinem Wahlrecht innerhalb der dreitägigen Frist keinen Ge-

brauch gemacht hat. Damit ist klar, daß die vollstreckbare Ausfertigung des obsiegenden Urteils nicht vor dem Nachweis erteilt werden kann, daß der AG die Weiterbeschäftigung abgelehnt oder sich nicht erklärt hat. (§ 63 AGG.) Die vollstreckbare Ausfertigung kann jetzt hinsichtlich der Verurteilung des AG zur Zahlung der Entschädigung erfolgen.

Hat dagegen der AG nachweislich die Weiterbeschäftigung gewählt, so wird eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils überhaupt nicht in Betracht kommen; denn in der Regel wird der AN kein ausdrückliches Recht auf eine tatsächliche Beschäftigung durch den AG in dem durch die Entlassung erloschenen Arbeitsverhältnis besessen, sein Interesse an der Erfüllung des Arbeitsverhältnisses sich vielmehr in dem Interesse an der Lohnzahlung erschöpft haben. Da aber die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung entsprechend dem Inhalt des materiellen Einspruchsrechts lediglich die Pflicht des AG zur Fortsetzung des früheren Arbeitsverhältnisses ausspricht, so erübrigt sich die Zwangsvollstreckung überhaupt; denn das Arbeitsverhältnis lebt im Zeitpunkt der Wahl der Weiterbeschäftigung durch den AG rückwirkend mit dem bejahenden Urteil wieder auf, dem Urteil kommt also insoweit rechtsgestaltende Kraft zu; der AN hat ohne Zwangsvollstreckung bereits erreicht, was er mit dem Einspruch bezweckte, nämlich den Wiedererhalt der Arbeitsstelle. Beschäftigt der AG den AN tatsächlich nicht, dann kommt der AG in Annahmeverzug, der AN aber erwirbt trotzdem seinen Lohnanspruch.

Nur soweit ausnahmsweise der AN auf Grund des früheren Arbeitsvertrages ein Recht auf die tatsächliche Leistung der Arbeit hatte, wird sich der Inhalt der Verurteilung auf Weiterbeschäftigung auch auf die Pflicht des AG auf die tatsächliche Beschäftigung des AN erstrecken; hier kann dann aber dieses Urteil auf Weiterbeschäftigung auch den Titel einer Zwangsvollstreckung bilden und zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung führen.

2. Obwohl nach der alternativen Klageberechtigung auch die Belegschaft die Einspruchsklage durchführen, im Urteil also auch sie als Klägerin bezeichnet sein kann, darf ihr doch nicht die vollstreckbare Ausfertigung des obsiegenden Urteils erteilt werden. Diese steht in jedem Fall nur dem beteiligten Arbeitnehmer zu.

3. Kapitel.

Das Benachteiligungsverbot.

Als dritte Gruppe des allgemeinen Entlassungsschutzes kommt schließlich noch das Benachteiligungsverbot des § 95 BRG in Betracht.

Danach ist es den Arbeitgebern und ihren Vertretern untersagt, ihre Arbeitnehmer in der Ausübung der sich aus dem BRG ergebenden Rechte zu beschränken oder sie deswegen zu benachteiligen.

Gemäß § 134 BGB sind daher die Entlassungen, die gegen dieses Benachteiligungsverbot verstoßen, nichtig; die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses bleibt durch solche Entlassungen unberührt. Betroffen werden nur die Entlassungen, die nachweislich vom AG mit der Absicht und zu dem Zwecke vorgenommen worden sind, den entlassenen AN an der Ausübung der sich für ihn aus dem BRG ergebenden Rechte, also vor allem an der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts zur Betriebsvertretung zu verhindern; in gleicher Weise verstoßen gegen das Verbot des § 95 alle Entlassungen, die sich als Maßregelungen der AN wegen der Ausübung obiger Rechte herausstellen.

Vertreter des Arbeitgebers ist nicht nur der gesetzliche Vertreter und der im § 14 BRG Genannte, sondern grundsätzlich jeder, der Befugnisse des Arbeitgebers mit dessen Einwilligung einem Arbeitnehmer gegenüber ausübt.

Die Nichtigkeit der gegen § 95 verstoßenen Entlassung ist mittels Lohn- oder Feststellungsklage geltend zu machen.

Zweite Abteilung.

Der Entlassungsschutz von Mitgliedern der Betriebsvertretungen.

§ 15. Allgemeines.

I. Die Aufgabe, die der Gesetzgeber der Betriebsvertretung zugeteilt hat, nämlich die gemeinsame Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, erfordert, daß den Mitgliedern der Betriebsvertretungen eine möglichst unabhängige Stellung gegenüber dem AG gewährleistet ist. Dies muß sich naturgemäß auch in einem weitgehenden Entlassungsschutz äußern, der geradezu die Voraussetzung dafür bildet, daß die Betriebsvertretungen möglichst vollkommen und frei von dem Einfluß der AG-seite dieser gegenüber die meist widerstreitenden Belange der Arbeitnehmerschaft vertreten können. Da aber in den Kreis ihrer Aufgaben auch die Unterstützung des AG in der Erfüllung der Betriebszwecke einbezogen ist und hierzu eine intensive Einarbeit der Betriebsvertretungen notwendig wird, ist es selbstverständlich, daß neben der Forderung nach einer unabhängigen Stellung der BV auch die nach einer gewissen Stetigkeit ihrer Zusammensetzung erhoben werden muß. Aus der vorhergehenden Darstellung des Einspruchsrechts geht aber klar hervor, daß diesen Anforderungen der den AN allgemein zustehende Entlassungsschutz nach §§ 84 ff. BRG nicht gerecht werden kann, der praktisch regelmäßig doch nur zur Entschädigung und damit zum Stellenverlust führt.

Der Gesetzgeber war also gezwungen, den Mitgliedern der BV einen gegenüber dem Schutz der sonstigen AN verstärkten Kündigungsschutz einzuräumen, dessen Wesen nur in der Stellenerhaltung liegen konnte.

II. Dieser besondere Schutz ist den BV-Mitgliedern in den §§ 96 ff. BRG zuteil geworden. Danach braucht der AG zur Entlassung eines BV-Mitgliedes die Zustimmung seiner Betriebsvertretung, soweit nicht ausnahmsweise eine Zustimmung unerforderlich ist. Eine versagte Zustimmung kann gemäß § 97 BRG durch das Arbeitsgericht ersetzt werden. Ohne die Zustimmung der BV, bezw. der Ersatzzustimmung des Arbeitsgerichts ist die Kündigung eines BV-Mitglieds unwirksam; sein Arbeitsverhältnis dauert unverändert fort.

§ 16. Personenkreis und Dauer des Schutzes.

I. Personenkreis. Unter den besonderen Schutz nach §§ 96 ff. BRG fallen die Mitglieder aller Betriebsvertretungen, also die Mitglieder des Gesamtbetriebsrats, des Betriebsrats, Gruppenrats, der Sondervertretung nach § 62 BRG und gemäß § 98 BRG auch der Betriebsobmann. Dagegen genießen diesen Schutz nicht auch die Ersatzmitglieder, solange sie noch nicht zu Stellvertretern aufgerückt sind, also noch nicht Mitglieder der BV sind, wohl aber die Ergänzungsmitglieder in den Gruppenräten. (Vgl. Kaskel S. 173, Flatow S. 409, Feig-Sitzler S. 259.)

II. Dauer. Der Entlassungsschutz besteht begrifflich während der Amtsdauer, d. h. der Dauer der Mitgliedschaft zur BV. Der Beginn des Schutzes fällt also mit dem Beginn der Amtszeit der BV-Mitglieder zusammen. Die Amtsperiode und damit auch der Schutz beginnt mit dem Tage der Wahl. (Bestritten. Ebenso u. a. Flatow S. 102, 409 mit dem Hinweis auf den ähnlichen Wortlaut des Artikels 23 der Reichsverfassung; anderer Meinung Kaskel S. 173, 295, nach dem die Amtsperiode und da-

mit die Mitgliedschaft zur BV erst von der Bekanntgabe der Wahl beginnt; nach Dersch § 18 Anm. 2c ist als Termin des Amtsbeginns der auf den Wahltag folgende Tag anzusehen.)

Das Ende des Entlassungsschutzes fällt mit der Beendigung des Amtes zusammen, die aus verschiedenen Gründen, wie z. B. Amtsablauf, Absetzung, Auflösung der BV usw. möglich ist (vgl. dazu § 39 BRG und Weck S. 14 ff.).

Maßgebend für die Dauer des Schutzes ist nicht die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern der Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs. Eine Kündigung, die während der Amtsdauer erfolgt ist, fällt also z. B. noch unter § 96 ff., wenn auch die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses erst nach Ablauf der Amtsdauer eintritt (vgl. Feig-Sitzler S. 259, Kam. Ger. v. 20. 1. 25, NZfA Sp. 248).

§ 17. Das Zustimmungserfordernis.

I. Art der Kündigungsbeschränkung.

Zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Mitglieds der Betriebsvertretung bedarf der Arbeitgeber der Zustimmung der Betriebsvertretung. (§ 96 Abs. 1 BRG.)

1. Während das Einspruchsrecht nach §§ 84 ff. BRG, das den Entlassungsschutz der übrigen AN bildet, die Gültigkeit der zivilrechtlichen Kündigung an sich nicht berührt, sondern nur die Möglichkeit einer Nachprüfung auf die Billigkeit der Entlassung gibt, wird hier durch den Entlassungsschutz der BV-Mitglieder die zivilrechtliche Wirksamkeit der Kündigung unmittelbar berührt. Denn die Zustimmung der BV ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung; ohne diese Voraussetzung ist die Kündigung rechtsunwirksam, das Arbeitsverhältnis besteht unverändert fort mit allen Rechten und Pflichten aus dem bisherigen und weiter gültigen Arbeitsvertrage.

2. Versetzung. Um dem AG nicht die Umgehung dieser Kündigungsbeschränkung zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber in dem § 96 BRG auch die Wirksamkeit der Versetzung eines BV-Mitglieds in einen anderen Betrieb desselben AGs von dem Vorliegen der Zustimmung der Betriebsvertretung abhängig gemacht. Ohne diese Bestimmung hätte nämlich der AG mittels der Versetzung des AN in einen anderen Betrieb den Verlust des BV-Amtes und damit des besonderen Entlassungsschutzes herbeiführen können. Da überdies ein Nachweis eines Verstoßes des AG gegen das Benachteiligungsverbot nach § 95 BRG in der Praxis erheblichen Schwierigkeiten begegnet, hätte der AG mit Hilfe des freien Versetzungsrechtes den ganzen Entlassungsschutz für die BV-Mitglieder illusorisch machen können.

Entsprechend dem Zweck dieser Bestimmung kommen also nur Versetzungen in Betracht, mit denen ein Verlust der Betriebszugehörigkeit verbunden ist, das sind Versetzungen in einen anderen, für sich selbständigen Betrieb desselben Arbeitgebers. Solcher Versetzung, auch soweit sie der Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsvertrages überhaupt vornehmen darf, braucht der AN ungeachtet einer etwaigen vertraglichen Verpflichtung nicht nachzukommen; er behält die Ansprüche aus § 615 BGB. Eine wegen solcher Verweigerung ausgesprochene Entlassung wäre unwirksam (soweit der Betriebsrat oder das Arbeitsgericht im Verfahren nach §§ 96 und 97 BRG die Zustimmung nicht erteilt, Flatow S. 410).

Dagegen besteht eine freies Versetzungsrecht des AG innerhalb des Betriebes auch gegenüber seinen BV-Mitgliedern, allerdings auch hier nur insoweit, als nicht das Benachteiligungsverbot des § 95 entgegensteht. In letzterem Falle wäre die Versetzung ungültig, sodaß ihr der AN nicht nachzukommen braucht, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch die Weigerung dem AG einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Grund zu bieten. (Vgl. Flatow a. a. O. und die dort angegebene Rechtsprechung.)

3. Rechtliche Natur der Kündigungsbeschränkung. Die Beschränkung des Kündigungsrechtes gegenüber den BV-Mitgliedern ist zwingenden Rechts; auf diesen Schutz kann daher nicht durch vertragliche (tarifvertragliche) Vereinbarung verzichtet werden. Das Zustimmungserfordernis besteht also auch dann, wenn vereinbarungsgemäß für den Fall der Kündigung die Einhaltung einer Kündigungsfrist ausgeschlossen ist, denn § 96 BRG bezweckt den Schutz der Entlassung an sich, nicht die Wahrung der Kündigungsfrist (Weck S. 19). Doch ist dieser Fall nicht mit dem einer Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verwechseln, da hier begrifflich der Kündigungsschutz der §§ 96 ff. entfällt; denn es handelt sich hier mangels einer Kündigung nicht um eine einseitige Entlassung.

II. Ausnahmen.

Von dem Grundsatz, daß die Kündigung von Mitgliedern der BV nur mit deren Zustimmung wirksam ist, bestehen drei wichtige Ausnahmen, die sich übrigens mit den Fällen des § 85[2] BRG decken, in denen das regelmäßige Einspruchsrecht gegen Entlassungen nicht besteht. Die Zustimmung der BV ist nämlich nicht erforderlich:

1. Bei Entlassungen, die auf einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen oder durch Beschluß des Arbeitsgerichts auferlegten Verpflichtung beruhen (s. hierzu oben § 8 II[1]).

2. Bei Entlassungen, die durch Stillegung des Betriebes erforderlich sind; auch hier beziehe ich mich im allgemeinen auf meine Erörterung des § 85 Abs. 2 BRG (s. oben § 8 II[2]) trotz der von § 85 Abs. 2 Ziff. 2 abweichenden Fassung des § 96 Abs. 2 Ziff. 2, der nur von Stillegung spricht. Nach h. M. handelt es sich hier nur um eine undeutliche Ausdrucksweise des Gesetzes, das sowohl die gänzliche wie insbeson-

dere auch die teilweise Stillegung treffen will (so vor allem Flatow S. 414 mit dem Hinweis, daß bei der durch das Betriebsrätegesetz ungehemmten Schließung des ganzen Betriebs der Kündigungsschutz der §§ 96 ff. ohnehin gegenstandslos wird).

Voraussetzung für den Wegfall des Zustimmungserfordernis ist aber auch hier, daß die Entlassung des BV-Mitglieds gerade durch die Stillegung erforderlich wird; m. a. W.: Die Notwendigkeit der Entlassung muß mit Rücksicht auf die durch die Stillegung veränderten wirtschaftlichen Betriebsverhältnisse derart zwingend sein, daß ihr gegenüber das Interesse der Belegschaft an der Erhaltung der Betriebsvertretung zurücktreten muß. Es wird also stets zu prüfen sein, ob nicht etwa durch Entlassung anderer AN, allerdings auch hier unter Beachtung der erforderlichen sozialen Gesichtspunkte, die Weiterbeschäftigung des betroffenen Betriebsratsmitgliedes, vielleicht durch eine Versetzung in einen von der Stillegung nicht betroffenen Betriebsteil erreicht werden kann.

3. In Fällen, in denen das Gesetz selbst die fristlose Entlassung gestattet. Hier hat also das Gesetz im Gegensatz zum Einspruchsrecht nach §§ 84 ff. BRG den Wegfall des Entlassungsschutzes *bei berechtigter außerordentlicher Entlassung* ausdrücklich bestimmt (s. unten § 23).

Dagegen bleibt auch in diesem Zusammenhang zu betonen, daß vertraglich nicht auf das Zustimmungserfordernis verzichtet werden kann; muß also auch im Falle der vertraglich zulässigen, fristlosen, jederzeitigen Kündigung zur Wirksamkeit der Entlassung die Zustimmung des § 96 Abs. 1 erteilt sein (es sei denn, daß tatsächlich ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung vorgelegen hat; vgl. Flatow S. 417, Feig-Sitzler S. 262).

§ 18. Die Erteilung der Zustimmung.

I. Voraussetzungen und Grundsätze.

Die Erteilung und Verweigerung der Zustimmung steht im freien Ermessen der Betriebsvertretung. Das Gesetz verzichtet hier auf die Aufzählung von Tatbeständen, bei deren Vorliegen einer Kündigung zugestimmt werden soll oder nicht; denn auch die in § 97 Satz 2 BRG aufgestellte Schranke, daß die von der BV abgelehnte Zustimmung dann nicht ersetzt werden darf, wenn die Kündigung gegen das Benachteiligungsverbot des § 95 BRG verstößt, stellt nur eine Richtschnur dafür auf, wann unbedingt die Zustimmung zu versagen ist. Damit ist aber die Anwendung eines weitergehenden Maßstabs bei der Würdigung der Zustimmungserteilung keineswegs untersagt (vgl. Flatow § 96 Anm. 3). Selbstverständlich ist die Betriebsvertretung an die vom Gesetzgeber aufgestellten sozialpolitischen Schranken und Grundsätze des BRG in ihren Entschlüssen gebunden; ein Verstoß dagegen kann vor dem Arbeitsgericht mit Erfolg gerügt werden (s. unten III).

Die BV hat ihre Entscheidung unter Berücksichtigung der Angaben des AN und AG unparteiisch zu treffen. Sie hat dabei in erster Linie die persönlichen Verhältnisse des betroffenen AN unter Anwendung der in den §§ 84 ff. enthaltenen, für alle Arbeitnehmer geltenden sozialpolitischen Gesichtspunkte im Hinblick auf das rein persönliche Interesse, das auch das BV-Mitglied an der Erhaltung seiner Arbeitsstelle hat, zu berücksichtigen. Darüber hinaus muß sie aber bei ihrer Entscheidung dem Grundgedanken des besonderen Entlassungsschutzes entsprechend das Interesse der Belegschaft an der Beibehaltung und gesicherten Stellung ihrer Interessenvertretung vornehmlich in den Vordergrund rücken. So kann bei der gleichzeitigen Prüfung mehrerer Entlassungen, von denen auch ein BV-Mitglied betroffen ist, die Entscheidung zu Gunsten des letzteren ausfallen, selbst wenn ihm ein Einspruchsrecht aus

§§ 84 ff. nicht, wohl aber den übrigen AN zustünde. Immerhin darf die Bevorzugung des BV-Mitglieds nicht soweit gehen, daß ihr gegenüber die deshalb von der BV gebilligte Entlassung gewöhnlicher AN eine offenbare Härte und Ungerechtigkeit bedeuten müßte. Flatow hat deshalb mit Recht ausgeführt, daß ein Recht der Mitglieder der BV, unter allen Umständen erst nach anderen AN eines im Abbau begriffenen oder sonst zu Entlassungen genötigten Betriebes entlassen zu werden, nicht besteht. Daß bei der Frage der Zustimmung sich die Prüfung insbesondere darauf zu erstrecken hat, ob der AG mit der Entlassung nicht dem in § 95 BRG ausgesprochenen Benachteiligungsverbot zuwider gehandelt hat, ist oben schon angedeutet worden (vgl. § 97 Abs. 2). Ein Mehr an Grundsätzlichem kann hier nicht ausgeführt werden; es entscheidet letztlich der Einzelfall mit seinen besonderen Verhältnissen.

II. Die Zustimmung der Betriebsvertretung.

1. Die zuständige Betriebsvertretung. Gemäß § 96 Abs. 1 bedarf der AG der Zustimmung „der Betriebsvertretung". Eine nähere Auskunft, welche Betriebsvertretung die Zustimmung zu erteilen hat, gibt das Gesetz nicht. Die Rechtslage ist sehr einfach, wenn das betroffene BV-Mitglied nur einer BV angehört; denn grundsätzlich ist natürlich die Zustimmung der BV erforderlich, der der AN als Mitglied angehört. Bei Betriebsobleuten in Kleinbetrieben ist gemäß § 98 Abs. 2 die Mehrheit der wahlberechtigten AN des Betriebs oder der Gruppe, falls in einem Betrieb sowohl für die Arbeiterschaft als auch für die Angestelltenschaft ein besonderer Obmann gewählt ist, für die Zustimmung des § 96 BRG zuständig.

In der Regel werden aber die BV-Mitglieder mehreren Betriebsvertretungen zugleich angehören; hier interessiert vor allem der Fall, daß der betroffene AN sowohl dem Gruppenrat als auch dem Betriebsrat angehört, was sehr

häufig in der Praxis vorkommt. Dabei entsteht die Frage, welche Betriebsvertretung die Zustimmung zu erteilen hat, insbesondere ob die Zustimmungen des Gruppenrats und des Betriebsrats erforderlich sind.

Im bisherigen Schrifttum ebenso wie in der bisherigen Rechtsprechung hat man sich einhellig, allerdings ohne eine nähere Begründung zu geben, dahin ausgesprochen, daß AN, die mehreren BV angehören, nur mit Zustimmung dieser mehreren BVen gekündigt werden kann. Die Versagung der Zustimmung schon durch eine einzige BV verhindert das Wirksamwerden der Kündigung und rechtfertigt die Anrufung nach § 97. Gegen diese Auffassung sind in der neueren Zeit m. E. mit Recht Bedenken laut geworden (vgl. Mundry und Uerdingen in NZfA 1927 Sp. 139 ff. bezw. 1928 Sp. 353 ff.). Ihre Ausführungen überzeugen, daß für den Entlassungsschutz nicht die Interessen der gesamten Arbeitnehmerschaft ausschlaggebend sind, sondern daß die Interessen der Gruppen (der Angestelltenschaft und der Arbeiterschaft) nach dem Willen des Gesetzgebers die maßgebliche Rolle spielen. Dafür spricht nicht nur eine Analogie mit den §§ 84 ff. BRG, die die Mitwirkung bei der Entlassung der gewöhnlichen AN auch nicht in die Hand des Betriebsrates, sondern in die des Gruppenrates gelegt haben; auch ein Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse in der Praxis, in denen gegenüber den einschneidenden Interessenkomplexen von Arbeiter- und Angestelltenschaft die gemeinsamen Interessen der Gesamtarbeitnehmerschaft in den Hintergrund treten, spricht gegen die herrschende Meinung. Dagegen wird die hier vertretene Ansicht, wie Uerdingen darlegt, durch einen Vergleich mit dem Wahlvorgang bei der Bildung der BV bestätigt. Denn entscheiden z. B. über die Wahl ihrer Kollegen in dem Betriebsrat lediglich die getrennten Wahlkörper der Arbeiter- und Angestelltenschaft, so ist es unverständlich, warum nun im Falle des § 96 für die Zustimmung zur Entlassung derselben BV-Mitglieder ein anderer zuständig sein soll. Dasselbe ergibt sich auch aus einem Vergleich mit der Amtsent-

hebung von BV-Mitgliedern und der Aufgabenverteilung der BV. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so vermeidet man schließlich die unliebsamen Folgerungen der bekämpften und herrschenden Meinung, nach der z. B. die zahlenmäßig überwiegenden Arbeiter-Mitglieder des Betriebsrats die Absetzung eines nicht genehmen Angestellten gegen seine in der Minderheit befindlichen Kollegen durchdrücken können. Gegenüber diesen in der Praxis nur zum Betriebsunfrieden führenden Konsequenzen muß eine allzu starre Auslegung des § 96 BGB abgelehnt werden, dessen Wortlaut: „bedarf der AG der Zustimmung der Betriebsvertretung" m. E. mehrfacher Deutung zugänglich ist und mindestens in gleichem Maße für die hier vertretene wie für die herrschende Meinung spricht. Was aber im Vorhergehenden schon öfters betont wurde, muß in gesteigertem Maße auch hier gelten; gerade auf dem Gebiete des BRG ist es mit Rücksicht auf das überhastete Zustandekommen dieses Gesetzes verfehlt, eine Meinung lediglich mit dem Wortlaut des Gesetzes begründen zu wollen.

Das Ergebnis ist somit, daß zur Kündigung eines BV-Mitglieds, das sowohl dem Betriebsrat als auch dem Gruppenrat angehört, die Zustimmung der letzteren Vertretung genügend ist.

2. Die Form der Zustimmung.

Formvorschriften für die Zustimmung sind in den §§ 96 ff. BRG nicht enthalten; doch ist nach h. M. eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zustimmung, daß ihre Erteilung von der BV in einer äußerlich ordentlichen BV-Sitzung (vgl. § 32 BRG) durch Mehrheitsbeschluß beschlossen wird (RG v. 23. X. 25, RGE Z. 111 S. 412; Flatow S. 413, Feig-Sitzler S. 260, Weck S. 23).

Handelt es sich dagegen um einen Betriebsobmann, so tritt an die Stelle der BV, wie schon oben erwähnt, die Gesamtheit der wahlberechtigten AN des Betriebs bezw. der Gruppe; auch sie muß in einer äußerlich ordnungsmäßigen Betriebsversammlung durch Mehrheitsbeschluß entscheiden. In beiden Fällen ist nach

allgemeinen Rechtsgrundsätzen der betroffene AN (BV-Mitglied oder Obmann) von der Abstimmung ausgeschlossen.

Eine unter Mißachtung dieser Formerfordernisse zustande gekommene Zustimmung ist ungültig und insbesondere dem betroffenen AN gegenüber ohne Bedeutung; er kann sich bei einer Lohnklage — sein Arbeitsverhältnis besteht ja fort (vgl. § 615 BGB) — auf die Ungültigkeit der Zustimmung berufen.

Die Zustimmungserklärung selbst bedarf keiner besonderen Form; sie ist wirksam, sobald sie dem AG zugegangen ist. (§ 182 BGB.)

III. Die Ersatzzustimmung des Arbeitsgerichts.

Versagt die BV die nach § 96 BRG erforderliche und vom AG beantragte Zustimmung zur Kündigung eines BV-Mitglieds, so kann das Arbeitsgericht auf Anrufen des AG hin die fehlende Zustimmung der BV ersetzen. (§ 97 BRG.)

1. Voraussetzungen. Voraussetzung für das Tätigwerden des Arbeitsgerichts ist demnach in erster Linie die Versagung der Zustimmung durch die BV; versagt aber ist die Zustimmung nicht nur, wenn die BV sie ausdrücklich abgelehnt hat, sondern auch wenn sie innerhalb einer angemessenen Frist überhaupt keine Stellung zu dem Zustimmungsbegehren des AG genommen hat. (Vgl. Feig-Sitzler § 97 Anm. 1.)

Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zur Ersatzzustimmung ist aber weiter nur in den Fällen gegeben, in welchen eine Zustimmung wirklich erforderlich ist (vgl. § 97 BRG). Handelt es sich dagegen um einen garnicht zustimmungsbedürftigen Fall — es liegt z. B. ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung vor (§ 96 Abs. 2 Nr. 3) — so ist das Arbeitsgericht nicht berechtigt, die verweigerte Zustimmung der BV etwa mit der Begründung (wie Feig-Sitzler S. 242) zu ersetzen, daß das Recht zur fristlosen Kündigung stets die Befugnis einer befristeten in sich schließt und es dem AG freisteht, auch in diesem Falle die Zustimmung zur befristeten Kündigung nachzusuchen. Wie schon

oben erwähnt, ist eine zweite Voraussetzung der Ersatzzustimmung, daß es sich um einen zustimmungsbedürftigen Fall der Kündigung eines BV-Mitglieds handelt; stellt sich nachträglich bei der Prüfung der Ersatzzustimmung die Nichterforderlichkeit der Zustimmung gemäß § 96 Abs. 2 BRG heraus, so hat das Arbeitsgericht den Antrag des AG auf Erteilung der Ersatzzustimmung abzulehnen. (Vgl. Flatow § 97 Anm. 3.)

2. Erteilung der Ersatzzustimmung. Bei der sachlichen Entscheidung über die Erteilung der Ersatzzustimmung sind für das Arbeitsgericht dieselben Grundsätze maßgebend wie für die BV (s. oben § 18 I). Auch das Arbeitsgericht entscheidet nach freiem Ermessen, nur gebunden an die sozialpolitischen Gesichtspunkte des BRG und seines Entlassungsschutzes. Ausdrücklich verboten ist dem Arbeitsgericht die Erteilung der von der BV versagten Zustimmung gemäß § 97 BRG nur dann, wenn es feststellt, daß mit der Kündigung eine Beschränkung oder Benachteiligung wegen der Übernahme oder Ausübung der gesetzlichen Betriebsvertretung beabsichtigt ist. Aber wie schon oben betont, ist durch diese Schranke das Arbeitsgericht in seinem freien Ermessen nicht derart beschränkt, daß es nun in allen übrigen Fällen die Zustimmung ersetzen müßte. § 97 Satz 2 will nur eine Richtschnur geben, ohne damit die Anlegung eines strengeren Maßstabs verbieten zu wollen.

Die durch das Arbeitsgericht ersetzte Zustimmung hat die gleiche rechtliche Wirkung wie die Zustimmung der Betriebsvertretung selbst (s. unten IV).

3. Verfahren. Über die Erteilung der Ersatzzustimmung entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren nach den §§ 80 ff. des AGG.

Gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts findet binnen einer Notfrist von 2 Wochen Rechtsbeschwerde nach den §§ 85 ff. AGG statt (vgl. §§ 2, 80, 85 AGG).

IV. Zeitpunkt und Wirkung der Zustimmung.

1. Zeitpunkt. Wie Landmann NZfA 1925 Sp. 354 ff. überzeugend dargelegt hat, sind bei der Frage nach der Rechtswirkung der Zustimmung des § 96 und der Ersatzzustimmung des § 97 BRG auf die Kündigung die allgemeinen Regeln über die Rechtswirkung von Zustimmungserklärungen der §§ 182 ff. BGB anzuwenden. Denn es handelt sich bei der Kündigung um einen ausschließlich dem Gebiete des Privatrechts angehörigen Rechtsakt, sodaß auch die Zustimmung bezw. Ersatzzustimmung als seine Voraussetzung zivilrechtlicher Natur sein muß und demnach auch für die Entscheidung obiger Frage ausschließlich die Bestimmungen des BGB in Betracht kommen.

Das Ergebnis ist somit: Es handelt sich bei der Kündigung der BV-Mitglieder um einen Zustimmungs- bezw. genehmigungsbedürftigen Rechtsakt der §§ 182 ff. BGB; die Zustimmung muß also nicht unbedingt im voraus erteilt sein, sondern sie kann auch erst nach Ausspruch der Kündigung erfolgen, sei es, daß der AG die BV erst nach der Kündigung um ihre Zustimmung ersucht, sei es, daß das Arbeitsgericht erst nach der Kündigung die versagte Zustimmung der BV gemäß § 97 BRG ersetzt. Gemäß § 184 Abs. 1 BGB wirkt aber die Zustimmung bezw. Ersatzzustimmung auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung zurück, die im Falle der Zustimmung stets, auch ohne daß letztere im voraus erteilt ist, in diesem Zeitpunkt wirksam wird.

2. Wirkung. Mit der erteilten bezw. ersetzten Zustimmung ist die Kündigung der BV-Mitglieder wirksam, ihr besonderer Entlassungsschutz aufgehoben. Für die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommen nunmehr nur noch die rein privatrechtlichen Bestimmungen des BGB, HGB, der GewO, bezw. der Arbeitsvertrag in Betracht; durch die wirksame Kündigung wird die Kündigungsfrist in Lauf gesetzt, mit ihrem Ablauf tritt regelmäßig die Auf-

lösung des Arbeitsverhältnisses ein. Ist also die Zustimmung bezw. die Ersatzzustimmung vor der Kündigung oder nachträglich, aber noch während der Kündigungsfrist erteilt, so endet mit deren Ablauf das Arbeitsverhältnis. Wird aber die Zustimmung erst nach diesem Zeitpunkt erteilt, so bleibt nach der positiven Vorschrift des § 97 Satz 3 BRG das Arbeitsverhältnis bis zur erfolgten Zustimmung erhalten, endigt aber dann sofort ohne weitere Frist im Zeitpunkt ihrer Erteilung.

Übrigens wird gerade durch § 97 Satz 3 BRG die oben vertretene Ansicht über die Rechtswirkung der Zustimmung bestätigt. Denn, hätte die gegenteilige Meinung recht, dann müßte man diese Bestimmung als überflüssig bemängeln, wollte man nicht gerade in ihr die Auferlegung einer besonderen, neben den sonstigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestehenden Beschäftigungspflicht erblicken — eine Auffassung, die im Hinblick auf die „geradezu unsinnigen Konsequenzen" (Landmann a. a. O. Sp. 338) unhaltbar ist —. Der Sinn des § 97 Satz 3 BRG kann also kein anderer sein als daß entsprechend §§ 184 ff. BGB die nach § 97 BRG erteilte Ersatzzustimmung grundsätzlich die früher ausgesprochene Kündigung rechtswirksam macht und daß hier zu Gunsten des gekündigten BV-Mitglieds eine zeitliche Erstreckung des Vertragsverhältnisses bis zum Augenblick der Erteilung der Ersatzzustimmung bewirkt werden soll. Was aber für die Ersatzzustimmung gilt, muß selbstverständlich für die Zustimmung der Betriebsvertretung gültig sein.

§ 19. Die Geltendmachung des Entlassungsschutzes nach §§ 96 ff. BRG.

I. Allgemeines. Die §§ 96 ff. BRG sehen für den Entlassungsschutz der BV-Mitglieder im Gegensatz zum Einspruchsrecht der §§ 84 ff. kein besonderes Verfahren vor, in dem der Entlassungsschutz geltend zu machen ist. Mangels einer be-

sonderen Vorschrift muß hier also das allgemeine Verfahren Platz greifen; dabei ist davon auszugehen, daß der Entlassungsschutz der §§ 96 ff. inhaltlich in der Unwirksamkeit einer Kündigung besteht, für welche die BV die erforderliche Zustimmung versagt und das Arbeitsgericht ihre Ersetzung abgelehnt hat. Die Geltendmachung des Entlassungsschutzes ist daher begrifflich die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung und erfolgt durch Erhebung einer Lohnklage bezw. Feststellungsklage.

II. Die Lohnklage. Soweit nach dem Vorhergesagten die Kündigung unwirksam ist, dauert also das Arbeitsverhältnis des von der unwirksamen Kündigung betroffenen BV-Mitglieds unverändert fort; die Kündigung existiert rechtlich nicht. Bietet also das BV-Mitglied seine Dienste dem AG an und lehnt dieser die Weiterbeschäftigung ab, so kommt der AG in Annahmeverzug und bleibt trotzdem gemäß § 615 BGB zur Fortzahlung des Lohnes oder Gehaltes oder der sonstigen vertraglichen Bezüge verpflichtet. Den Zutritt zum Betrieb muß gemäß § 95 der AG dem AN zwecks Ausübung seines BV-Amtes auch dann gestatten, wenn er auf dessen Dienste verzichtet hat; bei Verstoß gegen diese Verpflichtung setzt sich der AG einer Bestrafung nach § 99 aus.

Dagegen wird das BV-Mitglied in der Regel keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung haben; denn wie ich oben § 14 V[1] ausgeführt habe, erschöpft sich das Interesse des AN an der Erfüllung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig in dem Interesse an der Lohnzahlung, es sei denn, daß ausnahmsweise tatsächlich ein Interesse an der Tätigkeit im Betriebe besteht. Im letzteren Fall ist dann allerdings ein klagbarer Anspruch auf die Beschäftigung, eventuell ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegeben.

In den allermeisten Fällen kommt aber nur ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes in Betracht. Verweigert der AG die Erfüllung dieser Verpflichtung, so muß das gekündigte BV-Mitglied bei dem Arbeitsgericht gegen den AG eine

Leistungsklage anstrengen mit der Behauptung, daß die Kündigung gemäß der §§ 96 ff. mangels Zustimmung rechtsunwirksam sei und daß ihm der AG den ihm aus dem Arbeitsvertrage zustehenden und fälligen Lohn schulde. Der AG wird in der Regel unter Berufung auf einen der in § 96 angeführten Ausnahmefälle die Wirksamkeit der Kündigung behaupten und dementsprechenden Beweis anbieten. Je nach dem Ausgang der Beweisaufnahme hat das Gericht der Lohnklage des AN stattzugeben oder, falls die Zustimmung nach dem Beweisergebnis nicht erforderlich war, die Klage abzuweisen.

Auch bei Obsiegen muß sich der AN gemäß § 615 BGB in Verbindung mit §§ 88, 89 BRG auf seine Lohnforderung dasjenige anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens seiner Dienste erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat (s. dazu oben § 11).

III. Feststellungsklage. Der AN kann die Unwirksamkeit der Kündigung auch mittels einer Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht geltend machen. Dies wird überhaupt notwendig, wenn dem AN noch kein fälliger Anspruch auf die vertragliche Vergütung zusteht. Sein Klageantrag geht hier auf die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses; das gemäß § 256 ZPO erforderliche Interesse muß hier unbedingt zu bejahen sein, was auch h. M. ist.

IV. Verweigerung des Wiedereintritts durch das BV-Mitglied. Hat das von der unwirksamen Kündigung betroffene BV-Mitglied vor der arbeitsgerichtlichen Entscheidung einen neuen Arbeitsvertrag geschlossen, so kann in entsprechender Anwendung des § 89 der AN das Arbeitsperhältnis gegenüber seinem früheren AG mit sofortiger Wirksamkeit lösen. Er muß diese Absicht jedoch unverzüglich durchführen und deshalb den AG unverzüglich, spätestens aber drei Tage nach der arbeitsgerichtlichen Entscheidung

mündlich oder durch Aufgabe zur Post dem AG die Weigerung des Wiedereintritts aussprechen. Macht der AN von diesem Verweigerungsrechte Gebrauch, so erhält er Vergütung für die Zeit von der Kündigung bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts, auch hier wieder unter Anrechnung des anderweitig Verdienten.

Gegenüber dem neuen AG besteht kein gesetzliches Kündigungsrecht, da die dem AN günstige Entscheidung nicht als ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des neuen Arbeitsverhältnisses anerkannt werden kann; der AN mußte mit einer solchen Entscheidung rechnen und sich dementsprechung durch Vereinbarung kurzer Kündigungsfristen den Rückweg sichern. (Vgl. Feig-Sitzler S. 264; a. M. Flatow S. 419.)

§ 20. Verhältnis der §§ 96 ff. zu §§ 84 ff. und § 95 BRG.

I. *Allgemeines.* In folgendem soll noch die Frage behandelt werden, ob *neben* dem Entlassungsschutz nach §§ 96 ff. den BV-Mitgliedern *auch das Einspruchsrecht* nach §§ 84 ff. zusteht oder ob sich der Entlassungsschutz in der Kündigungsbeschränkung der §§ 96 ff. als Spezialvorschriften erschöpft und das Verfahren aus § 84 sich nicht noch anschließen kann. Unter dem gleichen Gesichtspunkt wird schließlich auch das Verhältnis der §§ 96 ff. zum Benachteiligungsverbot des § 95 erörtert werden.

II. *Entlassungsschutz nach § 96 und Einspruchsrecht.* Die Vorschriften der §§ 84 ff. *finden auf die Mitglieder von Betriebsvertretungen keine Anwendung*; dies folgt aus der oben vertretenen Ansicht, daß bei der sachlichen Entscheidung über die Zustimmungserteilung auch die sozialpolitischen Gesichtspunkte des § 84 mit zu berücksichtigen sind. Es handelt sich also bei den §§ 96 ff. um einen Spezialschutz der BV-Mitglieder, der die Anwendung der §§ 84 ff. begrifflich ausschließt; dafür spricht übrigens auch die praktische Erwägung; denn es ist wohl kaum denk-

bar, daß dieselbe BV, die die Zustimmung zur Entlassung ihres Mitglieds gegeben hat, nun plötzlich im Einspruchsverfahren den Einspruch gegen eine von ihr ursprünglich gebilligte Kündigung für gerechtfertigt hält. Vgl. Feig-Sitzler § 96 Anm. 1, Flatow § 96 Anm. 3, a. M. Spiegel in NZfA 1927 Sp. 133 ff., indem er bei der Prüfung der Zustimmungserteilungen nicht auch die sozialpolitischen Gesichtspunkte der §§ 84 ff. berücksichtigt wissen will.

Entgegen dem Wortlaut des § 96 Abs. 3 und 4 muß aber die Zulässigkeit des Einspruchsverfahrens auch bei unberechtigten fristlosen Kündigungen verneint werden. Denn die Anwendbarkeit der §§ 84 ff. setzt eine rechtswirksame Kündigung voraus; bei unberechtigter fristloser Entlassung ist aber die in dieser außerordentlichen Kündigung liegende ordentliche Kündigung überhaupt nicht wirksam, da ja die Zustimmung zu einer befristeten Kündigung von BV-Mitgliedern unbedingt erforderlich ist, ja überdies nach dem eben angeführten § 96 Abs. 4 die ungerechtfertigte fristlose Kündigung als vom AG zurückgenommen, also überhaupt nicht mehr als existent gilt. Daraus folgt, daß mangels einer wirksamen Kündigung ein Verfahren nach §§ 84 ff. für den Entlassungsschutz der BV-Mitglieder schon begrifflich unmöglich ist und daß deshalb die Vorschriften des Abs. 3 und 4 Satz 1 des § 96 BRG als gegenstandslos anzusehen sind. Ein Streit über die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren, regelmäßig im Wege der Lohnklage, auszutragen.

III. Entlassungsschutz nach § 96 und Benachteiligungsverbot des § 95. Nach § 95 ist den AG und ihren Vertretern verboten, ihre AN in der Ausübung der sich aus dem BRG ergebenen Rechte zu beschränken oder sie deswegen zu benachteiligen. Rechtsgeschäftliche Verfügungen, die gegen § 95 verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig; begrifflich

könnten demnach auch Kündigungen von BV-Mitgliedern, die nachweisbar als Maßregelung wegen Ausübung des BV-Amtes erfolgt sind, gegen § 95 verstoßen und daher nichtig sein; vgl. für die Kündigungen der sonstigen AN oben 3. Kapitel. Da aber § 95 als grundsätzlicher Schutz zu gelten hat, für die Kündigung der BV-Mitglieder aber in den Sondervorschriften der §§ 96 ff. ein Spezialschutz vom Gesetzgeber aufgestellt ist, ist die Kündigung der BV-Mitglieder als solche aus dem Kreis der nach § 95 verbotenen Beschränkungen ausgenommen. *Neben dem Entlassungsschutz nach § 96 kommt also eine Anwendung des § 95 hinsichtlich der Entlassung von BV-Mitgliedern nicht mehr in Frage*, nachdem die BV der Kündigung zugestimmt hat. Vgl. Feig-Sitzler S. 257, Mansfeld Anm. 3b; ähnlich Flatow, der jedoch die Anwendbarkeit des Benachteiligungsverbotes auf eine Kündigung erstreckt, die erfolgt ist, um wegen der Amtsausübung zu benachteiligen; diese ist dann auch trotz Vorliegens der Zustimmung der BV nichtig. (Flatow S. 404.)

B. Außerordentliche Entlassung.

§ 21. Allgemeines.

Ein besonderer Entlassungsschutz gegen die außerordentliche Entlassung besteht grundsätzlich nach dem BRG nicht. Ein solcher wäre auch mit dem Wesen des BRG unvereinbar, das einerseits nur einen Rechtsbehelf gegen unverdiente oder unnötige Entlassung, andererseits eine Nachprüfungsmöglichkeit der nach dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht unerheblichen inneren Gründe der Entlassung gewähren will. Bereits nach dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht hängt ja die zivilrechtliche Wirksamkeit der sofortigen Entlassung von dem Vorliegen gesetzlich gebilligter Kündigungsgründe ab, die die sofortige Entlassung rechtfertigen und nicht unverdient erscheinen lassen. Ein besonderer Schutz ist hier undenkbar; denn Tatsachen, die zur außerordentlichen Entlassung berechtigen, sollen auch nach dem BRG stärker sein als soziale Rücksichten. Überdies besteht hier die Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung der Begründetheit der Entlassung, denn der AN kann ihre Nichtigkeit jederzeit in einer Lohnklage oder Feststellungsklage geltend machen.

An diesem Recht des AG, bei tatsächlichem Vorliegen eines gesetzlichen Kündigungsgrundes einen AN fristlos zu entlassen, ist auch durch das BRG nichts geändert worden; der AG bleibt in diesem Recht, dessen Ausübung seinem Ermessen überlassen ist, unbeschränkt.

Jede außerordentliche Entlassung enthält aber nach herrschender Ansicht impliciter eine ordent-

liche Kündigung, da der AG durch eine fristlose Kündigung zum Ausdruck bringen will, das Arbeitsverhältnis unter allen Umständen und möglichst bald zu lösen; ist die fristlose Entlassung ungrechtfertigt und daher unzulässig, so wird vermutet, daß für diesen Fall der AG das Arbeitsverhältnis zum nächsten vertraglich zulässigen Kündigungstermin beenden will.

Soweit das Betriebsrätegesetz Schutzbestimmungen für den Fall einer außerordentlichen Entlassung enthält, wird die außerordentliche Entlassung nur insoferne berührt, als in ihr für den Fall ihrer Unstatthaftigkeit regelmäßig zugleich eine ordentliche Entlassung mit eingeschlossen ist. (Vgl. Flatow S. 356, Feig-Sitzler S. 231.)

§ 22. Einspruchsrecht bei fristloser Entlassung.

Gemäß § 84 Abs. 2 BRG ist das Einspruchsverfahren auch bei fristlosen Entlassungen zulässig. Diese Bestimmung war nach dem oben Gesagten notwendig, um dem AG nicht zu ermöglichen, sich mit Hilfe der fristlosen vorgeschützten Entlassung dem Einspruchsverfahren zu entziehen und damit dem AN den Rechtsbehelf des Einspruchs zu nehmen. Denn wenn der AN auch mittels einer Lohnklage die Nichtigkeit der fristlosen Entlassung erfolgreich geltend gemacht hätte, so wäre doch durch die in der unberechtigten fristlosen Entlassung liegende ordentliche Kündigung, gegen die der Einspruch einstweilen unstatthaft war und nunmehr regelmäßig wegen Ablaufs der Einspruchsfrist unzulässig sein wird, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten, gegen die sich der AN nicht hätte wehren können.

§ 84 II BRG enthält also nicht einen neuen Einspruchsgrund, wie Flatow a. a. O. überzeugend darlegt und wie das heute wohl allgemein anerkannt ist (vgl. Feig-Sitzler a. a. O.,

Molitor, NZfA 1926 Sp. 65 ff.). Vielmehr dehnt § 84 II BRG lediglich die Zulässigkeit des Einspruchsverfahrens auch auf die fristlose Entlassung bezw. die in ihr liegende ordentliche Entlassung aus. Mit a. W.: Das Einspruchsrecht gegen eine fristlose Entlassung ist nicht schon allein beim Mangel eines außerordentlichen Kündigungsgrundes gegeben, sondern erst bei Vorliegen eines der im § 84 I 1—4 aufgezählten Einspruchsgründe (positive Voraussetzungen s. oben § 8 I). Der Einspruch kann also nicht auf die Unstatthaftigkeit der fristlosen Entlassung allein gestützt werden, vielmehr muß der Nachweis geführt werden, daß auch einer der Fälle des § 84 I 1—4 vorliegt. Prozessual betrachtet, wird hier in der Berufung auf einen Einspruchsgrund zugleich auch stillschweigend das Bestreiten des außerordentlichen Kündigungsgrundes enthalten sein und ebenso umgekehrt in der Bestreitung des außerordentlichen Kündigungsgrundes durch den Entlassenen und in der gleichzeitigen Einspruchseinlegung die stillschweigende Berufung auf § 84 I Z. 4 zu erblicken sein. (Vgl. Flatow S. 357.)

Die Unstatthaftigkeit der fristlosen Entlassung ist also nur eine weitere materielle Voraussetzung für das materielle Einspruchsrecht gegen die fristlose Entlassung, auf das im übrigen in vollem Umfang die rechtliche Regelung der §§ 84 ff. Anwendung findet. (S. oben A 2. Kapitel.)

Im Einspruchsverfahren ist demnach zunächst über die Berechtigung der außerordentlichen Entlassung als Vorfrage zu entscheiden. Bejaht das Gericht die Statthaftigkeit der fristlosen Entlassung, so ist damit der Einspruchsprozeß erledigt, der Einspruch mangels Vorliegens einer materiellen Voraussetzung als unbegründet zu verwerfen. Dagegen muß eine dem AN günstige Entscheidung nach oder unter gleichzeitiger Verwerfung des außerordentlichen Kündigungsgrundes einen der Einspruchsgründe bejahen. (Vgl. Flatow und Feig-Sitzler a. a. O.)

Unberührt durch das Recht zur Einleitung des Einspruchsverfahrens bleibt aber der AN in seinem Recht, das an die Nichtigkeit der außerordentlichen Entlassung mittels einer Vertragsklage geltend zu machen. Auch ist es durchaus zulässig, daß der AN in der Vertragsklage die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bestreitet und den Restlohn einklagt und andererseits in der Einspruchsklage die Weiterbeschäftigung durch denselben AG begehrt; beide Prozesse können verbunden oder getrennt und gleichzeitig geführt werden. Da das Arbeitsgericht für beide Klagen zuständig ist, wird bei getrennter Prozeßführung zweckmäßigerweise der Einspruchsprozeß bis zur Entscheidung über die Berechtigung der fristlosen Entlassung in der Vertragsklage auszusetzen sein.

§ 23. Fristlose Entlassung von Betriebsratsmitgliedern.

Während das BRG den Fortfall des Einspruchsrechts bei berechtigter außerordentlicher Entlassung nicht ausdrücklich bestimmt hat, diese Folgerung vielmehr aus dem Wesen und dem Zweck des sozialen Entlassungsschutzes zu ziehen war, ist auf dem Gebiete des besonderen Schutzes der BV-Mitglieder eine ausdrückliche Bestimmung im § 96 Abs. II Z. 3 enthalten (s. oben § 17 II 3). Danach ist die Zustimmung der Betriebsvertretung bei fristloser berechtigter Entlassung nicht erforderlich, also soweit ein vom Gesetz gebilligter Kündigungsgrund vorhanden ist.

Dagegen bedarf es hier keiner besonderen Bestimmung für den Fall, daß die fristlose Entlassung unberechtigt war. Denn die in ihr zu gleicher Zeit liegende ordentliche Entlassung fällt ohne weiteres unter den besonderen Schutz, d. h. diese ordentliche Entlassung wird nur dann rechtswirksam, wenn die Zustimmung der Betriebsvertretung erteilt oder durch das Arbeitsgericht ersetzt wird (§§ 96 ff. BRG). Mit Recht betont deshalb Flatow

a. a. O., daß die Absätze III, IV Satz 1 jedes Sinnes entbehren und deshalb in Wegfall zu kommen hätten. Daß insbesondere die Einräumung des Einspruchsrechts im § 96 III eine begriffliche Unmöglichkeit ist, ist schon deshalb bewiesen, weil der Einspruch eine an sich wirksame ordentliche Kündigung voraussetzt; die Entlassung ist aber hier, wie wir eben dargelegt haben, bei unberechtigter außerordentlicher Kündigung mangels Vorliegen einer Zustimmung zivilrechtlich unwirksam, ja hätte gemäß § 96 IV sogar als zurückgenommen, also gar nicht mehr existent zu gelten.

Daraus ergibt sich, daß der Schutz der BV-Mitglieder sowohl bei ordentlicher wie auch außerordentlicher Entlassung, in dem Zustimmungserfordernis der BV nach § 96 ff. (auch s. oben A 2. Abteilung) erschöpft ist, den BV-Mitgliedern also auf dem Gebiete der außerordentlichen Entlassung nicht noch ein besonderer, auf Wiedereinstellung oder Entschädigung nach Art. von § 84 zielender Kündigungsschutz eingeräumt wird. (Vgl. Flatow a. a. O., Feig-Sitzler S. 263, a. M. Kaskel S. 179).